



<36632403390015

Theoretisch-practische

Erörterungen

aus den in

Liv-, Esth- und Curland

geltenden Rechten.

Herausgegeben

von

D. F. G. v. Bunge und **D. C. O. v. Madai,**
Professoren der Rechte an der Kaiserlichen Universität Dorpat.

Zweiter Band.

Dorpat,
Verlag von Franz Kluge.
1841.



Der Druck ist gestattet; nach dessen Vollendung muß die gesetzliche Zahl der Exemplare der Censurcomität eingeliefert werden.

Dorpat, den 3. Juni 1841.

Sahmen.

Inhalt des zweiten Bandes.

I.

Ueber die Rechtswohlthat der neuen Aus- und Beweisführung, mit besonderer Beziehung auf die in Livland geltenden Rechte.

Von dem Herrn Stadtsyndicus C. H. Zimmerberg in Dorpat.

---

§ 1.

Zu den Wirkungen der Appellations-Interposition rechnet man unter andern auch, daß man das Rechtsmittel sowohl durch frühere Verhandlungen, als auch in Verbindung hiermit, oder sogar ausschließlich durch neue Thatsachen und Beweise begründen könne. Dieses Recht heißt das beneficium novorum s. nondum deducta deducendi et nondum probata probandi (Rechtswohlthat der neuen Aus- und Beweisführung) und man betrachtet als ein novum alles, was in Beziehung auf die lis pendens pertinent, und noch nicht

vorgebracht ist; neue Thatsachen, Beweise, factische Erörterungen und Rechtsausführungen.

Die Lehre von dem Rechte des neuen Vorbringens und dessen Umfange ist indeß eine der bestrittensten, weil theils die Gesetze darüber nur allgemeine Aussprüche enthalten, theils aber auch das ältere mit dem neuern Römischen Rechte selbst im Widerspruche ist. — Es ist daher kein Wunder, daß die neuern Particulargesetze in dieser Hinsicht oft von einander ganz abweichend, ja von so entgegengesetzter Bestimmung gefunden werden, daß einige dieses Recht mit oder ohne Beschränkung gestatteten, andere aber gänzlich verbannen. Eine so entschieden entgegengesetzte Richtung der positiven Gesetze, die sich aus ihrem Inhalte selbst nicht erklären läßt, hat mehrere neuere geist- und kenntnißreiche Rechtslehrer und Prozessualisten, wie Gönner [1]), Almendingen [2]), Mittermaier [3]), Linde [4]) u. a. m. veranlaßt, die-

---

1) Handbuch des Deutschen gemeinen Prozesses vom Hofrath und Professor Gönner. Zweite Auflage. Erlangen 1804. 3ter Bd. S. 242.

2) Metaphisik des Civilprocesses, von L. Harscher von Almendingen. Gießen und Wetzlar 1808. 1. Bd. S. 101.

3) Der gemeine Deutsche bürgerliche Prozeß in Vergleichung mit dem Preußischen und Französischen Civilverfahren und mit den neuesten Fortschritten der Prozeßgesetzgebung, von Dr. C. J. A. Mittermaier. Bonn 1822. Dritter Beitrag. S. 71.

4) Zeitschrift für Civilrecht und Prozeß, herausgegeben von Dr. J. T. B. Linde, Dr. Th. G. L. Marezoll und Dr. J. N. von Wening-Jugenheim. Gießen 1831. 4. Bd. S. 460. — Handbuch des Deutschen gemeinen bürgerlichen Prozesses, von

sen Gegenstand mit wissenschaftlicher Schärfe zu behandeln.

Im Allgemeinen herrscht zwar bei uns in Livland kein unbeschränktes Appellationsprivilegium, das Rigische Recht läßt sogar neues Vorbringen in der Appellationsinstanz gar nicht zu; dennoch ist aber auch hier das Streben, das materielle Recht ohne alle Beschränkung zum Siege zu verhelfen nicht zu verkennen. Wenn indeß auf der einen Seite die zu große Härte des Rigischen Rechts dem Begriffe von Rechtshülfe nicht genügt, so hilft auch auf der andern Seite die rücksichtslose Befolgung des Princips der materiellen Wahrheit wenig, wenn dadurch Chikane und Verzögerung befördert werden.

Es kann der Zweck des gegenwärtigen Aufsatzes nicht sein, die Ansichten solcher Männer, wie die eben genannten, zu berichtigen, oder deren Untersuchungen zu vervollständigen, sondern nur die Nothwendigkeit einer zweckmäßigen Beschränkung des Rechts des neuen Vorbringens darzuthun, und zugleich die Aufmerksamkeit derjenigen, deren Wirken auf das gerichtliche Verfahren bei uns von Einfluß sein könnte, auf die hier nur noch wenig bekannten, höchst interessanten wissenschaftlichen Arbeiten der erwähnten Schriftsteller hinzuleiten.

§ 2.

Nach dem ältern Römischen Rechte konnten Appel-

Justin Timotheus Balthasar Linde. Gießen 1831. 1. Bd. S. 477.

lanten sowohl als Appellaten in dem neuen Verfahren nicht blos dasjenige wieder vorbringen, was schon früher vorgekommen war, sondern auch Neues; auch konnten über früheres Vorbringen neue Beweismittel vorgelegt werden. Die Kaiser Diocletian und Maximinian waren, soviel man weiß die ersten, welche dergleichen Verfügungen, die auch in Justinians Compilation (L. 6. § 1. 2. C. de appelat, 7. 62) aufgenommen worden, erlassen. Sie heißen wörtlich also:

„§ 1. Si quid autem in agendo negotio minus se allegasse litigator crediderit, quod in judicio acto fuerit ommissum, apud eum, qui de appellatione cognoscit, persequatur; cum votum gerentibus nobis aliud nihil in judiciis, quam justitiam locum habere debere, necessaria res forte transmissa, non excludenda videatur.“

„§ 2. Si quis autem post interpositam appellationem necessarias sibi putaverit esse personas, per quas apud judicem qui super appellatione cognoscet, veritatem possit ostendere, quam existimavit occultam, hocque fieri judex perspexerit: sumptus iisdem ad faciendi itineris expeditionem praebere debebit: cum id ipsa justitia persuadeat ab eo hoc recognosci, qui evocandi personas sua interesse crediderit.“

Der Grundsatz, daß das materielle Recht überall den Sieg davon tragen, und „in den Gerichten nur die

Gerechtigkeit einen Platz finden müsse" ist hier deutlich ausgesprochen, daher sind in dieser Verordnung neues Vorbringen und neue Beweismittel, ohne Rücksicht darauf, ob das frühere Urtheil mit der Actenlage conform ist, oder nicht, ob eine Beschwerde über den Richter angebracht war, oder nicht, also ohne jede Bedingung oder Beschränkung, gestattet. Dieses Princip scheint aber bei den Römischen Gesetzgebern nicht lange vorgeherrscht zu haben, denn schon der Kaiser Constantin [5]), und nach ihm Theodos I., Arcadius und Honorius stellten durch die Verordnung, daß in der zweiten Instanz über nichts entschieden werden dürfe, worüber nicht schon in der ersten verhandelt worden, das entgegengesetzte Princip wieder her [6]).

„Const. 52. Cod Theod. de appell. 11, 30. Nihil sub sacri judicii examine, de ea parte negotii debet definiri, de qua nihil in exordio apud Praesidem, aut institutum fuerit aut probatum."

Das aus dieser letztern Ansicht resultirende gerichtliche Verfahren scheint hiernächst während zweier Jahrhunderte, nämlich von Constantin bis Justinian (von 325—527 n. Ch.) beobachtet worden zu sein. Dieser Kaiser stellte aber das frühere Recht der Gestattung neuen Vorbringens bei den Consultationen wieder her, und erklärte die dabei geltenden Grundsätze auch bei

---

5) Const. 11. Cod. Theod. de apell. 11, 30.
6) Linde's Handbuch u. s. w. S. 484.

Appellationen für anwendbar, jedoch nicht unbedingt, wie die Kaiser Diocletian und Maximinian, sondern mit der nähern Bestimmung, daß das neue Vorbringen nur zur Unterstützung von Anträgen oder Vertheidigungsmitteln zulässig sein solle, welche schon unter den beim Richter erster Instanz vorgebrachten mit begriffen seien, oder mit diesen in genauem Zusammenhange stehen, keineswegs aber zur Begründung völlig neuer Anträge. Behauptungen oder Exceptionen.

Die oben aus dem Theodosianischen Coder angeführten Verordnungen sind daher in die Justinianeische Gesetzsammlung nicht übergegangen, die von Justinian dagegen erlassenen Gesetze sind aber besonders wichtig, weil es diejenigen sind, von denen die meisten neuern Gesetze in Betracht des beneficii novorum ausgegangen. Die Hauptstellen seiner hierher gehörigen Verordnungen sind:

1) Const. 4. de temporib. et reparat. (7, 63). „Per hanc divinam sanctionem decernimus, ut licentia quidem pateat in exercendis consultationibus, tam appellatori quam adversae parti, novis etiam assertionibus utendi, vel exceptionibus, quae non ad novum capitulum pertinent, sed ex illis oriantur et illis conjunctae sunt, quae apud anteriorem judicem noscuntur propositae. Sed et si qua dicta quidem allegatio monstrabitur, vel instrumentum aliquod prolatum, probationes tamen illo quidem defuerint tempore, verum apud sacros cognito-

res sine procrastinatione praeberi potuerunt, id quoque eos admittere, quo exercitatis iam negotiis pleniore subveniatur veritatis lumine."

2) Const. 37. in f. de appellat. (7, 62).

„Novas etiam assertiones a partibus apud eundem, vel eosdem judices addi, ad exemplum consultationis ad sacrum palatium introducendae permittimus."

§ 3.

Das Canonische Recht stimmt im Allgemeinen mit der Justinianeischen Verordnung überein, indem es eine aus den Voracten resultirende Beschwerde, und daß das neu Angeführte aus der frühern Verhandlung fließe, zur nothwendigen Bedingung der Appellation macht.

Cap. 38. 70. X de appellat. (2, 28).

Cap. 10. X de fide instr. (2, 22).

„Cum igitur ab hac sententia ad nostram audientiam duxeris appellandum ...... ex parte tua fuit propositum, supradictae domus venditionem non puram, sed conditionalem potius extitisse ...... quatuor nihilominus testibus ad hoc probandum inductis; quod etsi novum esset capitulum, pendebat ex veteri."

Dagegen gestattet dasselbe bei Appellationen von Beiurtheilen, wenn solche nicht etwa gleiche Kraft eines Endurtheils haben, durchaus keine nova.

Clem. 5. de appellat. (2. 12).

„Appellanti ab interlocutoria vel a gravamine judicis, non licet alias causas prosequi, quam in appellatione sua nominatim duntaxat expressas: nec processus primi judicis ex novis, aut de novo probandis justificari potest, vel etiam impugnari: sed tantum ex illis, quae acta fuerunt vel exhibita coram ipso."

Auch dürfen neue Zeugen über Sätze, worüber schon publicirte Zeugenaussagen vorliegen, nicht mehr vorgeschlagen werden.

Clem. 2. de appellat. (2, 8.)

„Testibus rite receptis, et eorum attestationibus publicatis, sicut non licet super eisdem vel directo contrariis articulis alios vel eosdem testes in principali causa producere, sic non debet in appellationis causa licere: cum non minus in appellationibus, quam in principali causa subornatio sit timenda."

Uebrigens fordert das canonische Recht im Allgemeinen weder Bescheinigung, noch einen Eid, daß die neuen Gründe oder Beweismittel erst jetzt entdeckt seien. Zwar haben Einige solche Grundsätze aus cap. 4. de electione in VI. (1, 6) herleiten wollen, aber diese Stelle handelt nur von Anwendung der Grundsätze des Verfahrens bei außergerichtlichen Apellationen auf den Fall einer streitigen Wahl[7]).

---

7) Vgl. Linde's Handbuch. Bd. 1. S. 490. — Gönner's Handbuch. Bd. 3. S. 258. fg.

§ 4.

Auch die Deutschen Reichsgesetze lassen nova in der Appellationsinstanz zu, verbieten aber gleich dem canonischen Rechte das neue Vorbringen bei Appellationen gegen einfache Interlocute[8]). Hinsichtlich der Appellationen wider Beiurtheile, welche die Kraft eines Endurtheils haben, und wider Definitivsentenzen setzte schon die K. G. O. v. 1500. Art. XV. § 9 1, 10 und K. G. O. v. 1507, XXXVI, III, § 11 die Befugniß des Appellanten und Appellaten, neue Beweise und Thatsachen vorzubringen, dadurch als begründet voraus, daß sie blos das dabei zu beobachtende Verfahren näher beschrieb. Die K. G. O. v. 1555 bestimmte die Beschaffenheit der zulässigen nova näher dahin, daß sie der Klage gemäß und aus derselben gezogen, und nicht auf andere Klagen und Sachen gestellt sein sollen. Durch einen Gemein-Bescheid vom 13. December 1593 hatte das Reichskammergericht wohl einen Versuch gemacht, die Befugniß neue Gründe oder Beweise bei der Appellation vorzubringen, einigermaaßen zu beschränken, allein durch den Deputationsbescheid vom J. 1700 wurde dieser wieder aufgehoben.

Hiernächst verordnete der jüngste Reichsabschied vom J. 1654, § 73.

„daß in der Appellationsinstanz nicht allein nach

---

8) K. G. O. v. 1507. Abs. XXXVI Art. II, § 7. — K. G. O. v. 1555 III, 31 § 10.

Ausweiß gemein beschriebener (Römischer und Canonischer) Rechte, was in priori instantia nicht vorkommen, oder deducirt worden, de novo zu deduciren und zu beweisen, sondern auch, was in voriger Instanz allbereit vorgebracht, ferner und besser zu beweisen verstattet werden solle; jedoch mit dieser Maaß und Bescheidenheit, daß der Appellant bei Einführung des Prozesses, sich zum Eide erbieten, und denselben dergestalt zu leisten vor allen Dingen schuldig sein solle, daß er seines angegebenen neuen An- und Vorbringens im erster Instanz nicht Wissenschaft gehabt, oder solches dermalen nicht einbringen können, oder einzubringen nicht für dienlich oder nöthig erachtet, nunmehr aber dafür halte, daß solches alles zu Erhaltung seines Rechts dienlich und nothwendig sei.

„§ 74 wofern auch die eine oder andere Parthei in deme, was in priori instantia allbereits einkommen, veritatem et circumstantias facti besser erläutern, und ein mehreres ausführen oder beweisen wollte: soll es ihnen gleichfalls ohnverwehrt seyn.

Hierdurch wurde nun der ehemals bei der Rechtfertigung der Appellation gebräuchlich gewesene allgemeine Eid vor Gefährde zu einem wahren Appellationseid, welcher im ersten Termine bei Strafe der Desertion abgeschworen werden mußte, den keine Partei der andern erlassen konnte, ja sogar der Anwalt des Appellanten, so wie die Nachfolger Beider stets schwören muß-

ten [9]). Indeß war der Appellat, wenn er keine nova vorbrachte, und dessen Anwalt selbst in diesem Falle von dem Eide frei [10]).

§ 5.

Wie nun die erwähnten Römischen und Canonischen Gesetze offenbar den Bestimmungen der Deutschen Reichsgesetze zum Grunde lagen, so haben auch diese, welche ohnehin Reichsconstitutionsmäßig das Muster der Territorialeinrichtungen sein sollten [11]), wiederum mehr oder weniger auf die Deutschen Particulargesetze eingewirkt, wenn es gleich auch Deutsche Territorien giebt, deren Gesetze gar keine nova in der Appellationsinstanz gestatten.

Unter diesen vorzugsweise Deutschen Paticulargesetzen — zur Vergleichung sollen auch einige fremde angeführt werden — sind nun zuvörderst diejenigen, welche dem Richter nur gestatten zu urtheilen, ob das vorige Urtheil gerecht war und der Actenlage entsprach, und daher keine nova zulassen, folgende zu bemerken [12]):

1) Die Oesterreichische Gesetzgebung. In der Appellationsbeschwerde soll weder ein anderer Geschichtsumstand, noch ein anderes Beweismittel angeführt

9) J. R. A. § 118.

10) J. R. A. § 73. — Linde's Handbuch. S. 491. fgg.

11) K. E. Eichhorn's Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte. Bd. IV. S. 534.

12) Vgl. Mittermaier a. a. O. Beitrag III. S. 74 fg. — Linde a. a. O. Bd. IV. S. 517 fg.

werden, als jene, worüber bei der ersten Instanz gesprochen worden ist; wenn dennoch dawider gehandelt würde, soll auf eine solche Neuerung keine Rücksicht genommen werden [13]).

2) Die Bayersche Gesetzgebung erlaubt das Vorbringen neuer Umstände nicht, billigt jedoch die Ausnahme, wenn man sie erst nach dem richterlichen Spruch in Erfahrung brachte, oder wenn sie erst nach diesem ihr Dasein erhielten, worüber ein Eid geleistet werden muß. In diesem Fall werden sie zwar zugelassen, jedoch zur Erörterung an die erste Instanz zurückgeschickt, welche über die neuen Umstände nur die Verhandlungen instruirt und die Acten zur Fällung des Urtheils an den obern Richter einzuschicken verbunden ist [14]).

3) Die Anhalt'sche Prozeßordnung. „Die Frage: ob in der Appellationsinstanz thatsächliches Neues an- und ausgeführt werden dürfe, wird hiermit verneinend entschieden, und dahin beantwortet, daß von keinem der streitenden Theile neue Umstände oder Beweise dargebracht werden können, ihnen vielmehr nur die Befugniß, sie im Wege der Wiedereinsetzuug annoch geltend zu machen, unbenommen bleibt [15])."

4) Nach der Hildesheim'schen Hofgerichts-

---

13) Oesterreichische Gerichtsordnung v. 1781 § 257.

14) Cod. jud. Bav. von 1753. Cap. 15. § 5.

15) Erläuterung zur Anhalt'schen Prozeßordnung von 1822 zu Titel XVI. § 6.

ordnung Tit. 28 § 1. Tit. 21 § 1, ist die Beweisfrist ipso jure peremtorisch, und es soll, ohne daß es einer Ungehorsamsbeschuldigung des Gegners bedarf, nach Ablauf der Beweisfrist, der Beweis als erloschen betrachtet werden. Da das Gesetz sich über das beneficium novorum nicht ausdrücklich äußert, so muß man demnach in Folge der allgemeinen Grundsätze annehmen, daß in höherer Instanz neue Beweise nicht zulässig sind.

5) Die Lippe-Detmold'sche Ordnung des Verfahrens in Civilrechtsachen vom 27. Februar 1816 § 47, 48, 49 bestimmt: „Die vom Richter festgesetzte Beweisfrist ist immer peremtorisch. Es ist daher, wenn über den Beweis erkannt worden, und entweder die Beweisfrist verstrichen, oder der angetretene Beweis mißlungen ist, keine Erneuerung oder Wiederholung des Beweises mehr zulässig. Das findet auch dann Statt, wenn von einem unterrichterlichen Erkenntnisse appellirt oder der Recurs ergriffen wäre; und soll das s. g. beneficinm nondum probata probandi nicht bis zu jenem, die Ordnung des Prozesses störenden, und das formelle Recht verletzenden Mißbrauche ausgedehnt werden. Nur wenn das Rechtsmittel der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand entweder allein, oder in Verbindung mit der Appellation begründet werden kann, soll, selbst wenn über den Beweis bereits erkannt und dieser angetreten wäre, annoch die Production von neu aufgefundenen Beweismitteln zulässig sein. Der Producent ist jedoch in diesem Falle gehalten, den Restitutionseid da-

struction wird ein neuer Deputirter von dem Gerichte ernannt, und soll dazu niemals der Instruent der vorigen Instanz, noch der Verfasser des in dieser Instanz ergangenen Urtheils, gegen welches appellirt worden, bestellt werden. In der Vorladung wird dem Appellanten zugleich aufgegeben, wenn er zur Widerlegung der neuen Angaben in dem Appellationsberichte ebenfalls neue Thatsachen anzuführen, oder gegen die vorgeschlagenen neuen Beweismittel Einwendungen, die auf Thatsachen beruhen, anzubringen hätte, davon zeitig vor dem Termine Anzeige zu machen, damit dem Appellanten davon Nachricht ertheilt werden, dieser hingegen vorbereitet im Termine erscheinen, und solchergestalt mit der Instruction, bis zu deren Abschluß, ohne Unterbrechung verfahren könne. Bei Festsetzung der Termine müssen die Gerichte und deren Deputirte die allgemeinen Vorschriften vor Augen haben und auf die Beschaffenheit der angeführten neuen Umstände: inwiefern sie die Hauptsache, oder nur einen und den andern Nebenpunkt betreffen, und eine mehr oder minder weitläuftige Vorbereitung und Auseinandersetzung erfordern möchten, gehörige Rücksicht nehmen. Die Anberaumung des Instructionstermins soll dadurch nicht aufgehalten werden, wenn auch bei dem Vortrage der neuen Thatsachen, in Ansehung der Bestimmtheit oder Vollständigkeit, noch etwas zu erinnern sein möchte. Doch ist in einem solchen Falle der bemerkte Mangel dem Appellanten, bei der Bekanntmachung des anberaumten Instructionstermins näher zu eröffnen, und ihm anzudeuten: daß er

die zu dessen Abhelfung erforderlichen Nachrichten und Auskünfte unverzüglich zu den Acten anzeigen, oder spätestens im Termine selbst wohl vorbereitet darauf erscheinen, und sich gefaßt halten müsse, über den ganzen Zusammenhang der neuen Thatsachen, und alle dazu gehörigen erheblichen Umstände, sowohl dem Gegentheile, als dem Deputirten des Gerichts, die erforderliche nähere Auskunft zu ertheilen; und mit beigefügter Verwarnung, daß ein jeder solcher Umstand, über welchen er die nöthigen Nachrichten nicht vollständig genug an die Hand geben würde, in contumaciam, je nachdem es ihm am nachtheiligsten ist, für nicht angeführt, oder für zugestanden würde erachtet werden."

2) Die Meklenburgische Ober=Appellations=Gerichtsordnung setzt dem neuen Vorbringen nur die Beschränkung entgegen, daß in dem novo keine mutatio libelli liege, und das Beweismittel nicht desert sey [21]).

3) In dem Braunschweigischen werden neue Gründe und Beweismittel in der Supplicationsinstanz zugelassen [22]).

4) Die neue Hannöversche Untergerichtsordnung erkennt im gemeinrechtlichen Sinne das beneficium novorum an [23]).

---

21) Meklenb. Ober=A. G. O. § 70 und dazu Nettelblatt Meklenb. Civilprozeß § 189.

22) Wolfenbüttel. Hofgerichtsordnung Tit. 69.

23) Gerichtsordnung § 151. 154. Spangenberg Commentar II. Thl. S. 208.

5) In die Calenbergische und Cellesche Canzleiordnung ist der Eid des J. R. A. § 73 als Appellations- und Supplicationseid wörtlich übergegangen; jedoch sollen sich der Appellant und Supplicant bei einbringender Justification zum Eide nur erbieten, und denselben erst auf Anhalten des Gegentheils oder des Richters Gutbefinden und Erkenntniß schwören. Diese Bestimmung ist aber durch das Justizreglement v. J. 1718 § IV als aufgehoben betrachtet worden, weil darin verfügt ist: sollte auch ein Appellant sich des benef. n. d. d. und n. p. p. bedienen wollen, so soll derselbe in dem libello appellationis ausdrücklich anzeigen, was er ferner deduciren und erweisen wolle, und Ursachen, warum dieses in voriger Instanz nicht geschehen, vorbringen, dann ferner die Beweismittel dem Libell beilegen, welche dann von der Behörde mit Fleiß beprüft werden [24].

6) Die Nassauische Prozeßordnung gestattet Neues vorzubringen, nnd zwar sowohl neue Einreden als neue Beweismittel, wenn nur der Eid geleistet wird, daß es unmöglich war, sie in voriger Instanz zu gebrauchen [25].

7) Der Sächsische Prozeß gestattet im Allge-

---

24) Calenberg, C. O. XXX. § 9, 10. Celle. C. O. Art. 39. — Oesterley, Handb. des Proz. Th. II. § 252. S. 349. — Linde a. a. O. S. 520.

25) Nassauische Prozeßordnung § 110.

meinen neue Gründe als Unterstützung der bereits vorgebrachten Thatsachen und Beweise [26]).

8) Der Großherzogl. Hessische Entwurf über die Ordnung des gewöhnlichen Verfahrens bei den Mittelgerichten enthält folgende Bestimmungen Art. 122. 123: „Sowohl bei dem mündlichen, als auch bei dem schriftlichen Verfahren ist es beiden Theilen erlaubt, in der Appellationsinstanz Neues vorzubringen. Es ist verboten, durch neues Vorbringen eine wesentlich veränderte Klage in die Appellationsinstanz einzuführen. Nebenforderungen an seit dem Erkenntnisse erster Instanz fällig gewordenen Zinsen, Renten, Miethgeld und etwa erwachsenem Schaden dürfen dagegen in der Appellationsinstanz geltend gemacht werden. — Es ist verboten, in der Appellationsinstanz neue factische Einreden vorzubringen, es müßte denn nachgewiesen werden können, daß es nicht möglich gewesen sei, sich ihrer in der ersten Instanz zu bedienen, oder es müßten dieselben ausdrücklich von der Gesetzgebung mit dem Vorrechte begabt worden sein, daß sie in jeder Lage des Prozesses sollen vorgebracht werden können. In der ersten Instanz nicht vorgebrachte Beweismittel in der Appellationsinstanz zu gebrauchen ist, wenn in der ersten Instanz eine Beweisfrist anberaumt, oder der freiwillig angetretene Beweis zugelassen worden ist, unerlaubt, insofern nicht nachgezeigt werden

---

26) Christ. Gottl. Bieneri, Systema processus judiciarii et communis et saxonici. Tom. II. § 186. — Carpzovii, Processus juris in foro inprimis saxonico. I. XIX. 2.

kann, daß es unmöglich gewesen sei, in der ersten Instanz sich dieser Beweise zu bedienen. Es ist dagegen unbedingt erlaubt, in der Appellationsinstanz neue Beweismittel zu gebrauchen, wenn in der frühern Instanz kein Beweis auferlegt, oder freiwillig angetreten worden ist. Auch ist unerlaubt, in der ersten Instanz verworfene Beweise und Beweismittel, deren Zulässigkeit man rechtfertigen zu können glaubt, für sich anzuführen. Wenn von der Befugniß, Neues vorzubringen, Gebrauch gemacht wird, so soll, wenn die Sache zum schriftlichen Verfahren verwiesen worden, der andere Theil sich darüber bestimmt in der ihm zustehenden schriftlichen Handlung erklären, indem sonst die Thatsachen für zugegeben und die Urkunden für anerkannt angenommen werden. Wenn die Sache zur mündlichen Verhandlung verwiesen worden ist, so steht es zwar jedem Theile frei, wenn er keine Antwort mittheilen lassen will, erst in der Audienz die neuen Thatsachen und Urkunden abzuläugnen, jedoch muß er alsdann in Ansehung der Urkunden vorher die Vorlegung der Originalien begehrt haben. Auf neue Thatsachen und Urkunden, welche nicht wenigstens drei Tage vor der Audienz mitgetheilt worden sind, braucht auch bei dem mündlichen Verfahren kein Theil sich einzulassen, sondern er kann vielmehr fordern, daß sie bei dem Urtheile nicht berücksichtigt werden möchten" [27]).

9) Die Würtembergische Gesetzgebung begün-

---

27) Vgl. Floret, Motive z. d. Gesetzgebung für das Großherzogthum Hessen.

stigt ganz besonders neues Vobringen [28]). „Wann der Appellant, welcher von einem Endurtheil appellirt, in erster Instanz etwas, so zur Sach und Ausführung seiner Intention dienlich, unterlassen hätte, als da seien neue Fürbringen, oder Artikul zur Sache gehörig oder den vorigen Artikuln anhängig, und derselbigen Beweisungen, oder Brieff und Instrumenten, oder auch exceptiones peremtoriae etc., so hiervon nicht eingebracht, mag er solches in anderer Instanz vor dem Ober- oder Hofgericht, wol für- und einbringen. Welches dann gleicher Gestalt dem Appellaten auch zugelassen. Also auch wo die Klag in erster Instanz ohnförmlich, ohngeschickt, oder nichtig eingebracht worden wäre, mag solches in anderer Instanz, da keine Gefahr darunter gespürt und befunden würde, verbessert und geändert werden."

10) Die Hamburgische Oberappellationsgerichtsordnung gestattet neue Thatumstände und darauf gegründete Einreden, wenn sie erst nach der Zeit, wo sie hätten beigebracht werden müssen, neu entstanden oder doch neu aufgefunden worden sind. [29]).

11) Das Lübecksche Stadtrecht schreibt zwar vor, daß wenn Schuld vor dem Rathe bekannt, oder sonsten überwiesen, condemnirt und zu Buche gebracht wird, darüber ferner kein Zeugniß zugelassen werden soll;

---

28) Würtembergische Prozeßordnung von 1610. Tit 68. § 1, 2.

29) Ober-Appellations-Gerichtsordnung von 1831. § 130. — Gries, Commentar zum Hamburgischen Stadtrecht von 1603. B. I. S. 180.

indessen scheint es doch, daß daselbst und an den Orten, wo das Lübische Recht gilt, auch im gemeinrechtlichen Sinne das beneficium novorum anerkannt wird, indem in den Verordnungen, die von der Appellation von den Untergerichten an den Rath sprechen, von einem Verbote neuen Vorbringens nirgends die Rede ist, und es auch gestattet wird mit Beobachtung des Lübischen Privilegii, welches die appellationsfähige Summe, den Appellationsschilling, die cautio de judicatum solvi und den Eid für Gefährde betrifft, an die Röm. Kaiserl. Majestät oder das Reichskammergericht zu appelliren, daher bei Appellationen wohl überhaupt die Beobachtung der deutschen Reichsgesetze nicht ausgeschlossen ist. [30]

12) Die Bremische Gerichtsordnung läßt § 505 b. nova zu, wenn nur der, welcher sie vorbringt, eidlich erhärtet, daß er sie vor dem Actenschlusse, nach welchem das Erkenntniß erfolgt ist, beizubringen nicht vermocht habe.

13) Die Stadesche Hofgerichtsordnung [31]) erklärt den Beweis für peremtorisch, und überläßt dem Richter die Bestimmung der Zeitdauer. Ebenso kennt sie das beneficium novorum, wofür aber keine Grundsätze weiter aufgestellt sind, weshalb denn wohl die

---

30) Das Lübeckische Recht Lib. V. Tit. VI. § 2. — Vergl. Stein's Abhandlung des Lübschen Rechts. Rostock 1745. Bd. IV. S. 366 fgg. und Mevius, Commentarius in jus Lubecense ad Lib. V. Tit. 10.

31) Stade, Hofgerichtsord. Th. 2. Tit. 11. § 9. Tit. 4. § 5. u. Tit. 6. § 2.

Grundsätze des gemeinen Prozeßrechts eintreten: dasselbe gilt von

14) der Lauenburgischen Hofgerichtsordnung, indem sie für die Beweisfrist nur die Zeitdauer bestimmt, und dabei auf das gemeine Recht verweist, und über das beneficium novorum nichts enthält [32]).

15) Die Schwedisch-Livländische Gesetzgebung und

16) das Esthländische Ritter- und Landrecht gestatten zwar neues Vorbringen, jedoch mit mancherlei Beschränkungen, worüber unten mehr gesagt werden soll.

17) Die Russische Gesetzgebung gestattet in der Appellations-Instanz neues Vorbringen und neuen Beweis ohne alle Beschränkung. Dieß galt ursprünglich bei Appellationen von den Entscheidungen der Kreisgerichte oder der Niederrechtspflege an die Oberlandgerichte; nach Aufhebung der letztern aber gingen deren Rechte und Verpflichtungen auf die Gerichtshöfe bürgerlicher Rechtsachen über [33]).

---

32) Lauenburg, Hofgerichtsord. Tit. 33.

33) Сводъ Законовъ Россійской Имперіи. Часть 10. Сводъ законовъ гражданскихъ и межевыхъ. § 1927. „Не „запрещается однако же, какъ переносително при апелля„ціонной жалобѣ, такъ и сопернику его, подать въ Судъ „второй степени новые, утверждающіе права ихъ документы или доказательства на бумагѣ.

„1775 Нояб. 7. ст. 181, 323, 367, 460. — Право, пред„ставлять при апелляціи новыя доказательства, перво„начально дано было при переносѣ дѣлъ въ Верхній Зем„скій Судъ изъ Уѣзднаго Суда или Нижней Расправы.

18) Die Französische Gesetzgebung [34]) gestattet kein neues Gesuch, außer in so fern es auf Compensation ankömmt, oder wenn das neue Gesuch (nouvelle demande) nur Vertheidigung gegen die Hauptklage ist. Der Gerichtsgebrauch schwankt über die Auslegung des Gesetzes; im Gegensatze der nouvelle demande, läßt er alle nouveaux moyens zu, und rechnet dahin außer den Rechtsgründen auch neue Beweise, so wie er dann kein neues Gesuch annimmt, wenn es an die in erster

---

„Но какъ съ упраздненіемъ Верхнихъ Земскихъ Судовъ „права ихъ и обязанности перешли въ Палату Граждан-„скаго Суда: то между прочимъ и сіе право отнесено „къ оной. Въ подтвержденіе сего, въ указѣ 1828 Мая 17 „сказано: „„„истецъ можетъ раскрыть въ апелляціонной „„„жалобѣ такія къ правости своей обстоятельства, кои не содержались въ самомъ производствѣ."

34) Code de procédure civile, § 464. „Il ne sera formé, en cause „d'appel, aucune nouvelle demande, à moins qu'il ne s'agisse de „compensation, ou que la demande nouvelle ne soit la défense à „l'action principale."

„Pourront aussi les parties demander des intérêts, arrérages, „loyers et autres accessoires échus depuis le jugement de première „instance, et les dommages et interêts pour le préjudice souffert de-„puis ledit jugement."

§ 465. „Dans les cas prévus par l'article précédent, les nou-„velles demandes et les exceptions du défendeur ne pourront être „formées que par de simples actes de conclusions motivées. Il ne „sera de même dans les cas où les parties voudraient changer ou „modifier leurs conclusions. Toute pièce d'écriture qui ne sera que „la répétition des moyens ou exceptions déjà employés par écrit, „soit en première instance, soit sur l'appel, ne passera point en „taxe. Si la même pièce contient la fois et de nouveaux moyens „ou exceptions, et la répétition des anciens, on n'allouera en taxe „que la partie relative aux nouveaux moyens ou exceptions."

Instanz gestellten Conclusionen gar nicht anpaßt und damit verbunden werden kann [35]).

§ 7.

Möge diese allgemeine und gedrängte Darstellung dem geneigten Leser die Geschichte des beneficii novorum ins Gedächtniß zurückführen. Es sei nun auch erlaubt der zum Theil sich widersprechenden Ansichten der Prozessualisten über diesen Gegenstand hier zu erwähnen.

Die rescissorische Kraft der Appellation haben Claproth [36]), Danz [37]), Mehlen [38]) und Martin [39]) als eine allgemeine anerkannte Wahrheit angenommen. Wäre die Behauptuug, daß die Appellation die Sache in den Zustand versetze, in welchem sie vor der Litiscontestation war, unbezweifelt wahr, so wäre auch die Folgerung ganz richtig, daß man in der Appellationsinstanz Ausführungen und Beweise beibringen könnte, welche in der vorigen Instanz nicht vorgebracht waren. Als Gegner dieser Ansicht ist nun Grolman [40]) aufgetreten und hat diese Meinung als eine irrige und

35) Arrêt vom 15. Juli 1817. Sirey recueil 1818. p. 13. — Carré traité et questions. II. p. 61, 62. — Mittermaier, a. a. O. S. 75.

36) Ord. Proz. § 353. Nr. III.

37) Grundsätze des ord. Proz. § 416.

38) Uber Appellat. § 23.

39) Lehrb. des gem. Proz. § 209.

40) Carl von Grolman, Theorie des gerichtlichen Verfahrens in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten. § 213.

sehr gefährliche bestritten. Dieser läßt zwar eine neue rechtliche Deduction zu, aber weder das Vorbringen neuer Thatumstände, um neue Klagen oder Einreden zu begründen, noch neue Beweise, weil durch jenes dem Gegner das Recht der ersten Instanz entzogen, durch dieses die Präclusivkraft des Beweistermins gestöhrt werde, und gestattet neues Vorbringen nur in soweit, als es durch das Rechtsmittel der Restitution in den vorigen Stand begründet sei.

In so fern als die Gesetze [41]), auf welche man die Behauptung der Zurückführung auf den Zustand der Litiscontestation stützen will, hiervon ganz schweigen, und nur von dem Rechte etwas Neues in der Appellationsinstanz vorzubringen, sprechen, pflichtet Gönner [42]) der Grolmanschen Meinung bei, stellt es aber in Abrede, daß das Recht des neuen Vorbringens nur durch das Rechtsmittel der Restitution begründet werden könne, und sucht aus dem Geiste des Römischen und canonischen Rechts, so wie aus dem der Deutschen Reichsgesetze zu erweisen, daß zwar niemals eine Appellation nur auf nova gegründet werden könne, in welchem Falle das nicht devolutive Rechtsmittel der Restitution zu gebrauchen sey; daß aber zur Unterstützung der gegen das Urtheil schon aus den Acten der ersten Instanz zu rechtfertigenden Appellation auch neues Vorbringen in

---

41) L. 6. § 1 u. 2. C. de appell. L. 37 in f. C. eod. L. 4. C. de tempor. et reparat. appell.

42) Gönner a. a. O. S. 255. f.

Verbindung gebracht werden könne, indem hierdurch die Natur der Appellation, die nach Römischem und canonischem Recht und der Deutschen Reichsgesetzgebung nur durch Beschwerde über das Verfahren der ersten Instanz bedingt wird, nicht verändert werde. „In den oben angeführten Gesetzen, (L. 4. C. de tempor. et reparat. und L. 37. in f. C. de appellat), sagt er, „drücke Justinian energisch und schön diese Absicht aus, besonders durch die Worte: etiam und addi. Es könne durch die Gesetze nicht besser entschieden werden, daß man ohne eine Beschwerde zu haben, auf bloßes neues Vorbringen keine Appellation begründen können."

Hinsichtlich der Gränzen der Ausübung des Rechts der Vorbringung ueuer Umstände und Beweise ist Gönner [34]) der Meinung:

1) „da neues Vorbringen in der zweiten Instanz durch seinen Zweck, nämlich das Recht, welches in den Verhandlungen der vorigen Instanz den Gegenstand des Streites ausmachte, bedingt sei, so dürfe dadurch niemals die Identität des Streits gestöhrt werden. Schon die Natur der Sache gebiete diese Einschränkung, und die Gesetze bestätigen dieselbe. Den unbestimmten Ausdruck des Römischen Rechts, „quae non ad novum capitulum pertinent", mache die Kammergerichtsordnung sehr deutlich, da sie neues Vorbringen nur unter der Einschränkung zulasse: „daß die neuen Artikel der Klage „in erster Instanz eingebracht gemäß, und aus derselbi-

---

34) Gönner a. a. O. S. 277.

„gen gezogen sei, und nicht auf andere Klagen oder „Sachen, darum nicht geklagt, gestellt werden." Mit großer Bestimmtheit werde hier verordnet, daß das neue Vorbringen weder eine Veränderung der Klage (genus actionis), noch eine Veränderung des Gegenstandes des Prozesses (objecti litis) enthalten dürfe."

2) „Wenn Einreden durch ihre Vernachlässigung bei der Litiscontestation nach der bekannten Verordnung des jünsten Reichsabschiedes verloren seien; wenn Beweise wegen der Präclusivkraft des Beweistermins desert geworden; so könnten sie als novum nicht mehr in der zweiten Instanz vorgebracht werden: denn sie seien einmal wegen der Präclusivkraft solcher Termine für alle Instanzen verloren. Als theoretischer Satz könne dieses wohl nicht widerlegt werden. Aber man müsse das traurige Geständniß machen, daß sich die Verfasser des jünsten Reichsabschiedes nicht gleich geblieben, daß sie in der Fassung des Appellationseides mit der einen Hand alles wieder zerstöhrt hätten, was sie mit der andern zum wahren Vortheil des Justizwesens so schon aufgebaut, und mit dem Appellationseide der Chicane ein allzuweites Feld geöffnet hätten." — „Könne eine Partei beschwören, daß sie das neue Vorbringen in voriger Instanz entweder nicht gewußt, oder es anzuführen nicht für dienlich oder nöthig geachtet habe, so stehe ihr keine Präclusivkraft mehr im Wege; — und sichtbar sei hiedurch alles vernichtet, was darüber die Verfasser des J. R. A. über die Präclusivkraft zu verordnen sich so viele Mühe gegeben. — Es sei Inconsequenz in den Ge-

setzen, die aber keine Diener des Gesetzes zu einer Abweichung von den Gesetzen berechtige, und der theoretisch richtige Satz verliere allen practischen Werth, sobald der Appellant den bequemen Appallationseid schwöre, der sogar darauf Rücksicht nehme, was eine Partie anzuführen für dienlich erachtet!"

§ 8.

Man sieht, daß zwischen der Ansicht, welche neues Vorbringen und neuen Beweis überall ausschließt, und der, welche nova unbeschränkt gestattet, Grollman und Gönner einen Mittelweg betreten haben. Daß aber diese conciliatorischen Meinungen dem Vorwurfe eines innern Widerspruchs nicht entgehen, hat der geistreiche Almendingen [44]) darzustellen versucht, und glaubt, daß das uneingeschränkte Recht des neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz aus dem Zwecke der Appellation, und aus der Geschichte der Gesetzgebung bewiesen werden könne.

„Es ist", sagt er, „für sich klar, daß wenn einmal die Beschwerde aus den bloßen Voracten gerechtfertigt worden ist, sie keiner weitern Unterstützung durch nova bedürfe. Es ist ferner klar, daß wenn ohne diese Unterstützung der Appellant oder Appellat seine Intention nicht zu erreichen vermöchte, der Fall einer aus den bloßen Voracten zu rechtfertigenden Beschwerde unmöglich vorhanden sein kann. Mit andern Worten: es giebt

44) Almendingen a. a. O. S. 107. f.

kein halbes, kein schwankendes, erst durch neues Vorbringen zur völligen Konsistenz kommendes Gravamen. Der Appellant ist entweder wirklich oder er ist gar nicht gravirt. Mehr als in der Klage und in den Einreden enthalten ist, kann durch alle Instanzen hindurch nicht zur Sprache kommen. Die Identität des Streits kann durch die Devolution desselben an den höhern Richter nicht gestört werden. Bis zur Behauptung des Gegentheils sind nie die Vertheidiger des Rechts des neuen Vorbringens gegangen. Bleiben aber Klagen und Einreden die nemlichen, können nova nur zur Begründung oder zum Beweise derselben gebraucht werden, so ist in der That nicht einzusehen, welchen Nutzen ein novum zur Unterstützung einer schon für sich bestehenden Appellation gewähren mag. Wenn der Richter den Kläger nicht zum Beweise relevanter Thatsachen zugelassen hat, auf welche er seine Klage gründete, so ist der Appellant beschwert, und bedarf zur Unterstützung des Beweises dieser Beschwerde durchaus nicht des Vorbringens weiterer relevanter Thatumstände. Wenn ferner der Richter durch eine relevante Zeugenaussage den intendirten Beweis nicht für erbracht erkannt hat, so hat der Appellant ein reformatorisches Erkenntniß zu erwarten, ohne daß zur Erreichung dieses Zwecks, die Denomination und Abhörung neuer Beweiszeugen, über Artikel, welche auf das nemliche Beweisthema gerichtet sind, ihm den mindesten Nutzen gewähren kann. Jene conciliatorische Meinung bietet daher den Partheien im Appellationsverfahren entweder eine kraftlose Stütze dar,

oder, soll diese Stütze kein Schatten ohne Körper bleiben, so muß sie mehr leisten, als sie soll, und der Beschwerde, bei mangelnder Begründung aus den Voracten, erst durch das neue Vorbringen, Gehalt und Wirklichkeit geben."

„Rechtskraft und Appellation sind einander geradezu entgegengesetzt. Jene soll den Streit beendigen auf Kosten des wirklichen Rechts. Diese soll ihn verlängern zur Beförderung desselben. Jene beugt die Forderungen der Gerechtigkeit und Wahrheit unter das Gebot des actenmäßigen Ausspruchs und opfert den Partheienfrieden und die Ruhe des Richters auf dem Altar der Gerechtigkeit auf. Die Appellation soll daher ihrer ganzen Tendenz nach den Nachtheil abwenden, den die Rechtskraft erzeugen würde. Unter dem Schutz wahrgenommener Appellationsfatalien soll dem Appellanten, und wegen der Gleichheit der Rechte beider Theile, auch dem Appellaten, die Verfolgung ihrer wirklichen Rechte vollkommen gesichert sein. Die Wirkungen der Appellation können in dieser Hinsicht durch nichts anders als durch die Rechtskraft selbst gehemmt werden. Mit andern Worten: jeder richterliche Ausspruch im Lauf des Processes, der nicht durch die Wirkungen der Rechtskraft den Wirkungen der Appellation entzogen worden ist, muß durch Appellation zum Vortheil des wirklichen Rechts angefochten werden können. Ist nun aber die Beförderung der Harmonie zwischen dem wirklich vorhandenen und dem vom Richter deklarirten Recht der höchste Zweck der Appellation, so muß

jedes vom Gesetz nicht ausdrücklich ausgeschlossene Mittel zur Erreichung dieses Zwecks, ein zulässiges Mittel sein. Der Zweckbegriff der Appellation — Harmonisirung des wirklichen und richterlich auszusprechenden Rechts — bringt es mit sich, daß ein auf diese Harmonisirung gerichtetes neues Vorbringen unter jenen Mitteln nicht ausgeschlossen sei. Wer das Gegentheil gegen die Natur der Sache behauptet, muß ein ausdrücklich ausschließendes Gesetz nachweisen, welches indessen nicht existirt, und von dessen Dasein nie die Rede war. Förmliches Rechts entsteht nun zwar durch Rechtskraft, keineswegs durch die Uebereinstimmung des Urtheils mit dem Inhalt der Acten. Daß der vorige Richter nach der Actenlage dem Appellanten keine Beschwerde zugefügt habe, ist an und für sich, und wenn nichts anders hinzugekommen ist kein Umstand, der ihn von der Verfolgung seines wirklichen Rechts ausschließt, oder ihn rettungslos in den Stricken des förmlichen Rechts verwickelt. Und gegen ein nicht existirendes förmliches Recht bedarf es keiner Restitution. Der Zugang zu diesem außerordentlichen Rechtsmittel ist sogar demjenigen verschlossen, dem der ordentliche Rechtsweg der Appellation, noch offen steht. Es ist auch falsch, daß ohne das Dasein einer nach den Voracten vom vorigen Richter zugefügten Beschwerde, die höhere Jurisdiction im Wege der Appellation nicht könne begründet werden. Die höhere Gerichtsbarkeit wird nicht durch die Wirklichkeit, sondern durch die bloße Möglichkeit einer Beschwerde fundirt, sobald ihr nur

der Mangel an Appellationssumme, der wahrgenommenen Fatalien und das so genannte genus causarum, nicht im Wege steht."

„Das Resultat dieser Ansicht ist, daß neues Vorbringen in der höhern Instanz, sobald nur dadurch der vorige Streitpunct nicht verändert wird, zur Rechtfertigung der Appellation ohne weitere Einschränkung zulässig, und gerade dann am nothwendigsten ist, wenn kein Vorwurf von Beschwerde das vorige Urtheil nach der Lage der Voracten trifft und der Appellant oder Appellat nur durch dieses Hülfsmittel seinem wirklichen Rechte, Anerkennung im Ausspruch des höhern Richters verschaffen kann."

„Die gesetzliche Wahrheit dieses aus der bloßen Natur der Sache abgeleiteten Resultates wird über alle Zweifel durch die Darstellung der Geschichte und des Inhalts der bestehenden Gesetze erhoben werden. Das Römische Recht macht nirgends die Nichtconformität des Richterspruchs mit der Actenlage, oder mit andern Worten, das Dasein einer Beschwerde, zur Bedingung der Devolution an die höhere Instanz. Ihre Verordnungen reden, von der Zulässigkeit des neuen Vorbringens ohne alle Einschränkung. Die Rechte beider Theile wurden in Hinsicht desselben für gleich erklärt. Es wurde nur bedungen, daß durch neues Vorbringen das Streitobject nicht geändert, und keine neue Klagen, Wiederklagen oder Einreden anhängig gemacht werden könnten. Es komme nur auf Wahrheit und Gerechtigkeit an,

sagte der Gesetzgeber; es würde ungerecht sein, nothwendige Thatsachen oder den Beweis derselben, weil in der vorigen Instanz nichts davon gesagt wurde, auszuschließen. Mehr bedarf es wohl nicht zur Widerlegung der Meinung, daß nach Römischen Recht neues Vorbringen nur zur Unterstützung einer schon aus den Voracten resultirenden Beschwerde zulässig sei. — Das Canonische Recht bestätigt ausdrücklich alles, was das Römische Recht über die ihm eigene Appellation sanctionirt. Es folgt hieraus von selbst, daß alle, die Lehre von der Appellation betreffenden, vom Römischen Rechte abweichenden Bestimmungen des Canonischen Rechts, einzig und allein auf die diesem letztern eigene Appellation angewendet werden müssen. — Die Deutsche Justizgesetzgebung änderte in Hinsicht des Rechts des neuen Vorbringens in der höhern Instanz das gemeine Recht in keiner Hinsicht ab. — Der jüngste Reichsabschied, dieses Meisterstück der Justizgesetzgebung, suchte durch die Furcht vor Eide und Gewissenserschütterungen den bösen Vorsatz desjenigen zu unterdrücken, der um den Prozeß zu verzögern, erhebliche Thatumstände im Laufe der Verhandlungen der untern Instanz verschwieg. Er verordnete, daß es zwar in Ansehung des neuen Vorbringens in der Appellationsinstanz beim gemeinen Rechte belassen werden, daß mithin der Appellant wie bisher auf bloßes neues Vorbringen seine Appellation zu begründen berechtigt sein sollte, daß er aber alsdann sich zur eidlichen Versicherung erbieten und wirklich schwören müsse, daß er entweder vom Neuvor-

gebrachten vorher nichts gewußt, oder den Gebrauch desselben nicht für nöthig gehalten habe. Er sollte Prozesse abkürzen, und den künftigen Appellanten, durch die Furcht vor einem abgenöthigten Eid bestimmen, was er zu sagen habe, gleich zu sagen. Eben darum konnte dieser Eid, ohne alle Inconsequenz — da das Recht des neuen Vorbringens nicht in der Sache verengt, sondern nur durch Formen bedingt werden sollte, — auch auf dasjenige verbreitet werden, was die Partei vorzubringen, nicht für nöthig gehalten habe u. s. w.

§ 9.

So scharfsinnig auch Almendingen seine Ansicht entwickelt hat, so bleibt dieselbe doch für die practische Anwendung sehr beschränkt. Nach einer genauen Prüfung derselben ist dieses von Linde[45]), der sich um die Wissenschaft so höchst verdient gemacht hat, mit vieler Gründlichkeit nachgewiesen worden. Die allgemeine Anerkennung verdienenden Ansichten dieses Rechtslehrers sind folgende;

„Daß das Dasein (die Wirklichkeit) einer Beschwerde, nirgends zur Bedingung der Devolution der Appellation an den höhern Richter gemacht ist, ist allerdings richtig; aber ebenso gewiß ist es, daß die Möglichkeit einer Beschwerde eine solche Bedingung ist

---

45) Handbuch des Deutsch. gem. bürgerl. Prozesses. IV. Bd. S. 480 f.

und daß die Devolution eines Rechtsmittels an die höhere Instanz stattfinden kann, ohne daß die Beschwerde selbst begründet ist; sonst wäre ja ein confirmirendes Erkenntniß höherer Instanz etwas juristisch Unmögliches. Indem die Gesetze erklären, der höhere Richter solle immer durch ein confirmirendes oder reformirendes Erkenntniß die Sache beendigen, setzen sie allerdings vorausgegangene Devolution nothwendig voraus; allein daraus folgt durchaus nicht, daß nicht die Devolution durch die Möglichkeit einer Beschwerde, und selbst dadurch bedingt sein könne, daß der Appellant die Nichtconformität des Urtheils mit der Actenlage wenigstens behaupten müsse, und daß durch die Wahrheit dieses Vorgebens die Zulässigkeit eines reformirenden Erkenntnisses nothwendig bedingt sei. Niemand hat scharfsinniger, als Almendingen selbst, nachgewiesen, daß nach allgemeinen Grundsätzen, sowohl der Theorie, welche davon ausgeht: daß die Appellation nur aus den Acten der vorigen Instanz begründet werden könne; als jener Theorie, welche nur voraussetzt: daß das vorige Urtheil, wenn gleich den Acten voriger Instanz vollkommen angemessen, doch der Sache (dem materiellen Rechte nach) beschwerend sei; es nicht an innerer Consequenz fehle. Aus denselben Gründen kann aber auch für das Deutsche gemeine Prozeßrecht der richtige Grundsatz nur aus den Quellen des positiven Rechts gefunden werden. Es kommt nur darauf an, welche Art von Beschwerde hierdurch die Appellation bedingt. Denn daß Niemand appelliren könne, der sich nicht für beschwert erachtet, be-

darf wohl keines Beweises; worin die Beschwerde bestehen könne, läßt sich aus allgemeinen Grundsätzen verschieden bestimmen; worin sie aber nach einem positivem Prozeßrechte bestehen solle, kann nur aus den positiven Rechtsquellen erkannt werden. Da nun nach allgemeinen Begriffen Jemand sich sowohl alsdann durch ein Urtheil beschwert fühlen kann, wenn dasselbe der Actenlage nicht gemäß ist, als auch alsdann, wenn es zwar der Actenlage vollkommen gemäß, aber dennoch dem wirklichen Rechte nicht entsprechend ist, so muß untersucht werden, welche Beschaffenheit der Beschwerde die positiven Gesetze voraussetzen. Einen ausdrücklichen völlig klaren Ausspruch finden wir hierüber nicht, und müssen deshalb die Frage aus dem Geiste der damit im Zusammenhange stehenden Bestimmungen zu lösen suchen."

„Jede Gesetzgebung muß die nothwendige Beschaffenheit der Beschwerde in Consequenz mit dem engern oder weitern Zwecke der Appellation bestimmen. Hat diese nicht blos den Zweck, Mißgriffe, welche dem vorigen Richter nach der Actenlage zur Last fallen, wieder zu verbessern, sondern ist sie auf eine Verwirklichung des wahren Rechts auch in dem Falle berechnet, wo die Acten, auf welche das unterrichterliche Urtheil ergangen ist, nicht geignet sind, die Grundlage eines dem wirklichen Rechte entsprechenden Urtheils abzugeben; so kann auch nicht eine solche Beschwerde für nothwendig erachtet werden, welche sich aus den vorigen Verhandlungen begründen läßt, sondern es muß schon eine solche hinrei-

chen, welche durch neues Vorbringen begründet zu werden vermag. Es ist deshalb aber auch schon begreiflich, wie man bei einer Gesetzgebung, welche neues Vorbringen in der Appellationsinstanz gestattet, in der wissenschaftlichen Erörterung sofort zurückschließt: daß sie bei der Appellation nicht nothwendig eine Beschwerde voraussetzte, welche in dem unrichtigen Verhältnisse des vorigen Urtheils zu den Acten der vorigen Instanz ihren Grund habe. Die Richtigkeit dieses Schlusses nach allgemeinen Grundsätzen hängt davon ab, ob das neue Vorbringen vernünftiger Weise nur zur Rechtfertigung solcher Beschwerden, welche in dem Verhältnisse des unterrichterlichen Urtheils zu den Acten der vorigen Instanz ihren Grund durchaus nicht haben, dienen kann; oder ob neues Vorbringen auch in dem Falle, wo die Beschwerde in dem Mißverständnisse des unterrichterlichen Urtheils zu den unterrichterlichen Acten begründet ist, zur Unterstützung des Beschwerdegrundes zweckmäßig benutzt werden kann. Von diesem Gesichtspuncte aus hat Almendingen die Sache aufgefaßt und behauptet: daß es für sich klar sei, daß wenn einmal die Beschwerde aus den bloßen Voracten gerechtfertigt sei, sie keiner weitern Unterstützung durch nova bedürfe; daß aber, wenn ohne diese Unterstützung der Appellant oder Appellat seine Intention nicht zu erreichen vermögte, der Fall einer, aus den bloßen Voracten zu rechtfertigenden Beschwerde unmöglich vorhanden sein könne. Die Vertheidiger der Ansicht, daß das neue Vorbringen nur zur Unterstützung einer schon durch die

Voracten begründeten Beschwerde, dienen dürfe, haben sich in eine solchen allgemeinen Prüfung nicht eingelassen."

„Almendingen's Ansicht ist den Regeln des Denkens ganz gemäß, aber es folgt daraus das Hergeleitete nicht. Denn wenngleich das neue Vorbringen nur zur Unterstützung einer schon für sich begründeten Beschwerde benutzt werden kann, so lassen sich dennoch viele Fälle denken, und ereignen sich täglich, worin durch solche Unterstützung erst der Umfang der Beschwerde, die Größe des Anspruchs u. dgl. vollständig begründet wird. Wenn Gesetzgeber und Schriftsteller, welche das neue Vorbringen nur als Unterstützung schon durch die Voracten begründeter Beschwerden angesehen wissen wollen, diesen Grundsatz in seiner practischen Anwendung so beschränkt aufgefaßt hätten, so würde der Ansicht wirklich ein wahres practisches Ungeschick zum Grunde liegen; aber eben deshalb ist man schon berechtigt zu erwarten, daß eine genauere Prüfung dieser Ansicht in ihrer practischen Bedeutung doch zu einem brauchbaren Resultate führe."

„Die Grundsätze, durch welche die Ansichten über diesen Punct bestimmt werden, haben in der Gesetzgebung selbst gewechselt. — Aus den Bestimmungen des Römischen Rechts läßt sich schon die Ansicht, daß die Beschwerde blos auf neues Vorbringen gebaut werden dürfe auf keinen Fall beweisen, denn die ganze Fassung drückt zu bestimmt aus; daß das neue Vorbringen der vorhandenen Beschwerde nur unterstützend zugefügt

werden sollte, daß man sein Recht auch durch neues Vorbringen sollte unterstützend begründen dürfen [46], und selbst dann, wenn man die Worte etiam addi auch auf die in der vorigen Instanz gebrauchten Gründe, und nicht auf die in der gegenwärtigen geführten Beschwerden bezieht [47], so wird dadurch doch kein Argument für die Behauptuug gewonnen, daß man nur durch neues Vorbringen die Beschwerde solle begründen dürfen. Dazu kömmt noch die ausdrückliche Anerkennung, daß neue Beweismittel nur insofern in höherer Instanz zugelassen werden sollten, als der Beweisführer das Beweismittel schon in voriger Instanz angezeigt hatte, aber damit noch nicht zugelassen worden war [48]. Freilich heißt es im Gesetze auch: potest enim in appellatione omnia denudare seu exercere; und nach andern Stellen wurde die Rechtssprechung in appellatorio sehr begünstigt, indem man sogar gestattete, die zuerst aufgestellte causa appellandi certa hinterher wieder fallen zu lassen, und eine ganz andere aufzustellen [49], wodurch der, zur Herbeiführung des Appellationsverfahrens vorgebrachte Beschwerdegrund sogar ganz cessiren, und das Verfahren über erst später aufgestellte Beschwerden sich verbreiten konnte, weil es, um zur Appellation zugelassen zu werden, genügen mußte, wenn

---

46) Gönner a. a. O. S. 267.
47) Almendingen a. a. O. S. 116.
48) Const. 36. de appell. (7, 62.)
49) Fr. 3. § 3. de appell. (49, 1.)

man auch nur una causa appellandi probabilis anzugeben im Stande war [50]); und in Uebereinstimmung hiermit und dem Grundsatze, daß in Bezug auf neues Vorbringen die Rechte der Partheien gleich gehalten werden sollten [51]), auch von der Appellation ganz allgemein gesagt wird: si appellator semel in judicium venerit, habere licentiam et adversarium ejus, si quid judicatis opponere maluerit, hoc facere etc. [52]); — allein aus allen diesem ergiebt sich dennoch nicht, daß die Beschwerde nicht nothwendig aus dem Verhältnisse des vorigen Urtheils zur Actenlage resultiren mußte. Wie wenig man überhaupt geneigt war, ein der Actenlage conformes Urtheil auf den Grund neuen Vorbringens abändern zu lassen, folgt auch schon daraus, daß man sogar bei der Restitution sehr schwierig war [53]), und daß Diocletian und Maximinian und später auch Justinian es für nöthig hielten, durch besondere Verordnungen die Zulässigkeit des neuen Vorbringens zu gestatten, und man kann nicht annehmen, daß diese Verordnungen bloß den Zweck gehabt hätten, die Grenzen für diese Befugniß festzustellen, denn mit den Verordnungen von Constantin, sowie von Theodos I., Arcadius und Honorius vertrug sich das neue Vorbringen wohl auf keinen

---

50) Fr. 13. § 2. de appell. (49, 1.)

51) Const. 4. de temp, (7, 63.)

52) Const. 39. pr. de appell. (7, 62.)

53) Const. 4. de re jud. (7, 52.) „Sub specie novorum instrumentorum postea repertorum, res judicatas restaurari, exemplo prave est.“

Fall; und es mußte deshalb die Sache überhaupt erst wieder für zulässig erklärt werden."

„Das Canonische Recht hat in dieser Lehre den Grundsatz: daß eine aus den Voracten resultirende Beschwerde eine nothwendige Bedingung der Appellation sei, sehr bestimmt anerkannt und nur insofern zu einer wesentlichen Veränderung geführt, als auf den Unterschied zwischen Appellationen gegen Beiurtheile und Endurtheile, der Grundsatz über die Zulässigkeit der nova verschieden angewandt wurde. Es ist eine, mit nichts bewiesene Behauptung Almendingen's [54]), daß alle, die Lehre von der Appellation betreffenden, vom Römischen Rechte abweichenden Bestimmungen des Canonischen Rechts einzig und allein auf die Appellation von Beiurtheilen angewendet werden müßten. Die Durchführung dieses Grundsatzes würde einen großen Theil unserer heutigen gemeinrechtlichen Grundsätze über die Appellation zerstören, und wäre es Almendingen mit jenem Grundsatze Ernst gewesen, so würden selbst seine prozessualischen Abhandlungen andere Resultate aufgestellt haben."

„Hinsichtlich der Reichsgesetzgebung ist es von besonderer practischer Wichtigkeit die Bedeutung und den Zweck des Eides, welcher durch den J. R. A. dem Appellanten auferlegt wird, richtig aufzufassen. Er hat nicht, wie man gewöhnlich annimmt, auch den Zweck gehabt, die Befugniß des neuen Vorbringens in irgend einer Hinsicht zu erweitern, sondern gerade umge-

---

51) Almendingen a. a. O. S. 117.

kehrt auch den Zweck, das neue Vorbringen durch die Furcht vor dem Eide nicht in ein Mittel der Chikane ausarten zu lassen, und den bösen Vorsatz derjenigen zu unterdrücken, die im Verlaufe des Prozesses in unterer Instanz geneigt sein dürften, gegen ihre bessere Ueberzeugung, Thatsachen und Beweise zurückzuhalten, solche zur Prozeßverzögerung und Täuschung des Gegners bis zur höhern Instanz zu ersparen, und durch immer wiederholte Weitläuftigkeiten den Gegner zu ermüden. Es ist auffallend, wie diese so scharfsinnig als wahr entwickelte Ansicht Almendingen's überall unberücksichtigt geblieben. Der Eid hatte einzig und allein den Zweck, das neue Vorbringen wie es den bestehenden Gesetzen nach gestattet war, an eine Form zu binden, die im Voraus die Partheieen zu redlicher Abkürzung des Verfahrens zu bestimmen im Stande war. Wer möchte, wenn man aus diesem gewiß richtigen Gesichtspuncte das Reichsgesetz betrachtet, mit Gönner jenen Eid einen bequemen Appellationseid nennen. Gewiß war er schon mancher gewissenhaften Parthei im höchsten Grade unbequem; gewiß hat er schon oft gewissenhafte Partheien zu einem vorsichtigen Handeln in unterer Instanz, zu sparsamen Gebrauche von neuem Vorbringen in der Appellationsinstanz bestimmt. Welches geeignetere Mittel möchte man vorschlagen können, auf einen moralischen Anwalt und Clienten mit Erfolg dahin zu wirken, daß sie in allen Instanzen mit weiser Sparsamkeit, die Angriffs- und Vertheidigungsmittel benutzten!“

§ 10.

Vergleicht man die oben § 5 und 6 angeführten Particulargesetze mit einander, so ergiebt sich, daß viele derselben gar keine nova, die meisten aber solche nur mit für zweckmäßig erachteten Beschränkungen gestatten, und daß nur sehr wenige für eine unbeschränkte Zulassung derselben sind. Es ist demnach offenbar, daß eine unbeschränkte Gestattung neuen Vorbringens Mißbräuche, welche eine jede Gesetzgebung zu vermeiden verpflichtet ist, befürchten ließ.

Eine gänzliche Verbannung aller nova aus dem Civilprozesse wäre indeß eine Härte, welche das Princip der materiellen Wahrheit zu sehr verletzen würde. Wie leicht ist es nicht möglich, daß eine Parthei gar nichts von dem Dasein einer Thatsache, von Beweismitteln und Documenten früher etwas wußte, oder dieselben zur Begründung ihres Rechts zu produciren nicht im Stande war! Wollte man der, allerdings eine festere Ordnung der Deutschen gerichtlichen Verhandlungen begründenden Eventualmaxime, und der peremtorischen Beweisfrist [55]) eine Ausdehnung bis in die höheren Instanzen geben, so wäre dieses Princip der materiellen Wahrheit gänzlich vernichtet. Denn wenngleich die aus dem Sächsischen Prozesse erst in die Reichsgesetze übergegangene Eventualmaxime, nach welcher verschiedene

55) Spangenberg im Archiv für die civilistische Praxis. Bd. 9. Aufl. III. Heidelberg, 1826.

Angriffs- nnd Vertheidigungsmittel, welche zu einem Ziele führen können und einer Parthei zustehen, auf einmal, und da sie vielleicht nicht alle nothwendig sein können, doch subsidiarisch und eventuell vorgebracht werden müssen, zu den trefflichsten Vorschriften des gemeinen Deutschen Prozesses gerechnet werden muß, welche Prozesse mehr als jede andere Form abkürzt und bei dem schriftlichen Verfahren volle Anwendung verdient [56]), so kann derselben doch die Wahrheit und Gerechtigkeit, worauf in dem Geiste unserer Zeit der Staatsbürger Anspruch macht, nicht ganz aufgeopfert werden. Dazu kömmt, daß derjenige, welcher eine Thatsache oder ein Beweismittel früher nicht kannte, oder beizubringen nicht im Stande war, auf keinen Fall eine absichtliche Versäumniß verschuldete.

Wie man also hier nicht zu weit gehen darf, so möchte auch auf der andern Seite die Gestattung neuen Vorbringens ohne alle Einschränkung höchst bedenklich sein. Es ist bekannt, wie in den Gegenden, wo die gerichtlichen Verhandlungen nicht von der Untersuchungsmaxime und von der Offentlichkeit des Verfahrens abhängig sind, die Partheien und selbst die Behörden und Richter mehr oder weniger unter der Gewalt der Advocatenherrschaft stehen. So geachtet der Advocatenstand auch durch seine Bestimmung ist und sein muß, und so sehr ein jeder redliche und kenntnißreiche Advocat berechtigt ist, von den Behörden Achtung und Anerken-

---

56) Mittermaier a. a. O. Beitrag I. S. 139.

nung seiner Bestrebungen zu verlangen, so muß man doch gestehen, daß es unter denselben auch Leute ohne Ehre und Gewissen giebt, die ihren Stand nur als ein Mittel zur Bereicherung betrachten, rücksichtslos die Prozesse in die Länge zu ziehen suchen und dadurch die Gerichtshöfe nur zum Tummelplatz ihrer niedrigen Leidenschaften machen. Sowohl für diese, als auch für die so genannten muthwilligen Querulanten, Leute, die ihrer Meinung nach immer Recht haben, und auch immer Recht bekommen müssen, und die, gäbe es auch hundert Instanzen, die sie durchlaufen, und, wäre es möglich, von vorn anfangen und wieder durchlaufen müßten, so lange nicht ruhen, bis ihnen dieses Recht geworden, wie sie der Ritter von Feuerbach[57]) treffend beschreibt, wäre stets durch die unbeschränkte Gestattung neuen Vorbringens zur Ausübung von Chikanen, von Haß und Rachsucht ein weiter Wirkungskreis offen gelassen, und es wäre eine chikaneuse Zurückhaltung von Thatsachen und Beweisen durchaus unvermeidlich. Auch solche Fälle sind, bei Stadtbehörden wenigstens, nicht selten, und können nachgewiesen werden, daß dergleichen muthwillige Querulanten, wo denselben in der zweiten Instanz auf eine unverantwortliche Weise der Beweis ohne alle Beschränkung nachgegeben wurde, den weitläufigen, bereits in instantia a qua geführten

57) Actenmäßige Darstellung merkwürdiger Verbrecher von Anselm Ritter von Feuerbach. Gießen, 1829. Bd. 2. S. 323.

Zeugenbeweis zum offenbaren Verschlepp der Sache wiederholt, und wenn sie auch nova vorgebracht haben, solche doch für die Entscheidung ganz erfolglos waren. Nur gewissenlose Advocaten, die fette Prozesse, besonders Injuriensachen, so lange als möglich beibehalten möchten, wozu ihnen in Livland noch die Querelen trefflich zu Statten kommen [54]), und die Canzleien der Behörden gewinnen allein bei solchem Verfahren; die Parten aber,

---

54) Was über die Nachgabe von Appellationen für jeden Incidentpunct Almendingen a. a. O. S. 126 f. sagt, kann auf die bei uns übliche Einrichtung der Querelen mit vollem Rechte angewendet worden. „Unerweislich würde die Behauptung sein, daß, indem die Reichsgesetzgebung das Recht der „dreifachen Instanz den Personen und Rechtssachen zusicherte, sie „damit dieses Recht auf jeden Incidentpunct habe verbreiten „wollen. Es würde eine solche Interpretation, dem Geiste des „Römischen Rechts, welches die möglichste Abkürzung der Ver„handlungen über Incidentpuncte verlangt, widersprechen. Sie „würde mit Consequenz durchgeführt, in jedem Prozeß ein Laby„rynth ohne Ausgang darstellen, und die Gerichtshöfe in Hand„lungen unersättlicher Prozeßsucht verwandeln. — Jede facti„sche zur Unterstützung des Hauptgegenstandes abzweckende Be„leuchtung ist der Sache nach ein Incidentpunct, wenn schon „der Form nach nicht immer ein eignes Verfahren darüber „Statt hat. Wäre nun das Recht der dreifachen Instanz etwas „anders, als das Recht auf drei Urtheile der Hauptsache, „so müßte nothwendig über jedes einzelne Vorbringen dreimal, „auf Verlangen des einen streitenden Theils gehandelt, und bei „etwas verwickelten Prozessen, einem Heere von Nebenstreitigkei„ten, nach dem Wunsche des absichtlich zögernden, ein Kampfplatz „eröffnet werden, dessen ungeheuren Umfang der Blick des Rich„ters zu umfassen außer Stand sein würde." — Vgl. den Aufsatz: Ueber Querelen nach Livländischem Recht im 1. Th. der theoretisch-practischen Erörterungen S. 247 f.

die das klare und augenscheinliche Recht auf ihrer Seite haben, nicht selten deren Wittwen und Waisen, müssen ihr letztes Habe hergeben, bis endlich einmal in der obern, oder gar in der obersten Instanz die erste Sentenz bestätigt, und ihnen der Regreß an ihre Gegner offen gelassen wird, welcher, wenn er überhaupt noch möglich ist, neue Prozesse veranlaßt, der wieder den Weg durch so viele Instanzen machen muß!

Einen vielleicht noch nachtheiligern Einfluß übt die unbeschränkte Nachgabe des neuen Vorbringens auf die Gerichtshöfe selbst aus, indem sie ebenso, wie die Unheil bringende Einrichtuug der Querelen, zu Präjudicien führt, welche das Ansehen der Richtersprüche nur schwächen und compromittiren.

Die Gerichtshöfe sind mit die heiligsten aller menschlichen Einrichtungen. Nächst der Kirche muß der Bürger die Stufen dieses Heiligthums mit Achtung und Ehrfurcht betreten. Entwürdigt der unredliche Richter diese Stätte, oder wird derselbe durch Geringschätzung oder gar Verspottung seines Spruchs, des Ansehns und der Ehre beraubt, welche das Element seiner Stellung im Staate ist, und so seine Herabsetzung bis fast zur Vernichtung geschmälert, so hat dies auf die ganze sittliche Gestaltung des Volks einen ebenso verderblichen Einfluß, als Freigeisterei und Religionsverspottung.

Es liegt in der Natur der Verhältnisse, und ist daher verzeihlich, daß Glieder höherer Instanzen von dem Vorurtheil befangen sind, als seien bei ihnen allein nur die höchste Intelligenz und juristische Fähigkeiten anzu-

treffen, die niedern Instanzen dagegen außer Stande, Streitsachen ganz den Gesetzen und dem Rechte gemäß zu entscheiden. Wäre dieß richtig, und könnte das Recht in einer Unterinstanz nicht gehandhabt werden, dann wäre es aber auch widersinnig, daß doch noch Unterbehörden geduldet werden. Die Mutter Natur ist aber oft so wunderlich, daß sie gerade dort, wo man es am wenigsten vermuthet oder wünscht, die Verhältnisse schnurstracks umkehrt; auch finden wir überall Untergerichte, wo nur einigermaßen Civilisation und Rechtspflege Statt hat, und gerade das Verfahren bei denselben als die Grundlage für jedes weitere Verfahren bei höhern Gerichten. Weil aber nichts so schwer ist, als eingewurzelte Vorurtheile zu bekämpfen, so haben sich die Oberbehörden daran gewöhnt, sich allein nur als die Hauptstützen der Justiz, und das Verfahren bei den Untergerichten nur als eine Formalität zu betrachten. Um jede daselbst entschiedene Sache an die Oberinstanz zu bringen, dazu dient die unbegränzte Nachgabe des neuen Vorbringens. Es ist gar nicht die Frage, ob Thatsachen und Beweise in instantia a qua entweder absichtlich, oder durch Sorglosigkeit verschwiegen wurden, es ist genug, daß dieß ein Mittel ist, die Sache an die Oberinstanz zu bringen. Unter solchen Umständen muß das hier gefällte Urtheil freilich anders ausfallen; aber wie konnte der Unterrichter anders entscheiden, hätte er auch die absichtlich zurückgehaltenen Thatsachen und Beweise gekannt!

Die Parten gewöhnen sich daran, von der Oberinstanz nie eine Bestätigung des unterrichterlichen Urtheils zu erwarten, etwa wie es in den alten guten Zeiten hieß: „daß wohl gesprochen, und übel appellirt worden", oder: daß sententia a qua nach deren wohlaufgenommenen rationes, in totum zu bestätigen"; und die Obergerichte sehen es als eine Nothwendigkeit an, ein jedes, selbst das gerechteste und motivirteste Urtheil zu ändern, wenn auch gar kein Grund dazu vorhanden, und gar kein Gesetz zu solcher Aenderung nachzuweisen möglich war. Solche Reformation hat nun leider auch die Folge, daß theils das Verfahren, theils die Argumentation des Unterrichters verweislich gerügt wird, als zieme sich dieselbe am wenigsten in solch einleuchtend irriger Weise für einen Richterstuhl, und führe die geübte Willkühr zu widerrechtlicher Bedrückung von Partheien. Dieß geht so weit, wie es nach dem Zeugniß von Mittermaier in einigen Gegenden Deutschlands wirklich der Fall ist [59]), daß die Advocaten ungescheut erklären, daß sie wünschen bei dem Untergerichte ein ungünstiges Urtheil zu erhalten, weil dann das Obergericht bald eine günstige Meinung für die Parthei fassen würde, indem die praesumtio gegen die untergerichtlichen Urtheile sprechen. Ist es nun wohl ein Wunder, daß Leute des niedern Handwerkstandes, wie Schuhmacher, Schneider, Fleischer, Bäcker u. s. w., die kaum im Stande sind,

---

59) Mittermaier a. a. O. Beitr. III., S. 7. Anmerkung 5.

ihre Namen richtig zu schreiben, sich auch getrauen das Richteramt zu verwalten!

Wird nun hierdurch die Würde der Gerichte gefährdet, so geschieht es dadurch noch mehr, wenn unglücklicher Weise der durch die reformirende Sentenz gravirte Parte an die höhere Instanz geht, und hier doch die erste Sentenz mit einem strengen Verweise an den Mittelrichter und mit der Andeutung sich ferner dergleichen Verweise zu enthalten, bestätigt wird. Vom Erhabenen zum Lächerlichen ist nur ein Schritt; dieß bleibt aber immer eine schlechte Entschuldigung, wenn man genöthigt ist gute Miene zum bösen Spiel zu machen. — Wird dagegen dem Unterrichter die gebührende Achtung vom Oberrichter gezollt, wird ein etwaniger Irrthum, wofür kein Richter verantwortlich ist und sein kann, sobald er nur in redlicher Ueberzeugung gehandelt hatte, da auch der geübteste Jurist fehlen kann, von ihm mit Anführung der rechtlichen Gründe und ohne Verletzung der dem Unterrichter gebührenden Würde, bemerkbar gemacht, so kann ein solches Verfahren nicht die Achtung des Unterrichters vermindern, sondern sogar nur die Hochachtung für das Obergericht vermehren.

Dieß sind die Nachtheile der unbegränzten Nachgabe des neuen Vorbringens. War nun auch die gänzliche Verbannung der nova nicht rathsam, so wäre wohl eine gehörige Beschränkung dieses beneficii am zweckmäßigsten. Diese müßte darin bestehen, daß dem Parten, welcher sich dieses Beneficiums zu bedienen genö-

thigt sieht, nur gestattet würde, solche nova in der Appellationsinstanz vorzubringen, von deren Dasein derselbe früher gar nichts gewußt, oder die er zu produciren durchaus nicht im Stande war. Der Beweis einer solchen Behauptung könnte nun freilich nicht anders, als durch den Eid geführt werden. Bestände aber das Neue darin, daß eine Thatsache, oder ein Beweismittel, welches die Partei früher schon kannte, aber vielleicht auch nur aus Sorglosigkeit — eine Schuld, welche ohne Milde getragen werden muß — nicht gebrauchte, so müßte ein solches Vorbringen durchaus keine Berücksichtigung verdienen. — Eine sehr zu empfehlende Vorschrift wäre auch die von Mittermaier[60]) in Vorschlag gebrachte, daß das Vorbringen derjenigen nova, deren Dasein die Partei zwar kannte, aber welche zu produciren dieselbe nicht im Stande war, nur dann gestattet würde, wenn sie in den vorigen Schriften die Behauptung vorgebracht, und zugleich erklärt hat, daß sie den Beweis dafür noch zur Zeit nicht auffinden könne, und nach der Auffindung das erst jetzt eingetretene Vorfinden beschwört. „Wie oft", sagt er, „bringt z. B. eine Parthei die Einrede der Zahlung später in Appellation vor, und beschwört, daß sie jetzt erst die Beweise z. B. die Quittung gefunden habe; wußte sie früher schon, daß bezahlt war, so mußte sie die Einrede vorschützen und nur anzeigen, daß sie den Beweis nicht habe; thut sie dies, so wird zwar nach der Actenlage, also ohne Rücksicht auf den nicht

60) Mittermaier a. a. O. Beitr. III., S. 78.

beigebrachten Beweis, erkannt, aber die Parthei kann das novum nachbringen."

§ 11.

Hinsichtlich des in Frage stehenden Gegenstandes soll nunmehr der bei uns in Livland bestehenden Gesetze und des in den hiesigen Behörden üblichen Verfahrens, so wie beiläufig der Gesetze und des Gerichtsbrauchs in den angränzenden deutschen Ostseeprovinzen erwähnt werden.

Das livländische Landrecht, im Gegensatz zu dem in den Städten dieser Provinz überall geltenden Rigischen Statut, verordnet:

1) In der generellen Executionsordnung. Stockholm den 10. Juli 1669 § 4 [61]),

„In allen Executions-Sachen sollen unsere Befehlshaber, die gesprochene Urtheile, betreffend die Zeit, Art und Weise und alle andern Umbstände, ihnen zur Richtschnur und Augen-masse dienen lassen, dieselben auch deren rechten Verstand und Einhalt nach, auffs genauste ins Werk richten, und sollen sie keine Macht haben davon abzugehen, oder mit Vollbringung derselben zu verziehen, es sey dann, daß sie so gute und wichtige, sonderlich aber neulich er-

61) Liefländische Landesordnungen, nebst dazu gehörigen Placaten und Stadgen. Riga 1705. S. 235. — J. G. v. Buddenbrock. Sammlung der Gesetze, welche das heutige livländische Landrecht enthalten. Riga 1821. Bd. 2. S. 469.

fundene Gründe dabey bemerken, wodurch das Urtheil, wenn der Richter davon Nachricht bekommen sollte, verändert werden könnte; auff welchem Fall Sie mit der Execution so lang einzuhalten Macht haben sollen, biß sie dem Richter Kundschaft und Nachricht davon ertheilt, auch die Antwort darauff von ihm erhalten, wornach Sie sich dann auch endlich zu richten haben sollen. Jedoch daß Sie ohne guten und klaren Gründe, sich dieses zu thun, nicht unternehmen mögen."

2) Stadga und Verordnung, wie neu gefundene Beweiß und Gründe auffgenommen, und was dabei beobachtet werden soll. Stockholm d. 6. Juni 1692 [62]).

„Demnach J. K. M. mit Mißvergnügen bemerken, wie ein Theil Parten, welche vermittelst Urtheile aus einander gesetzet worden, gar offte wieder kommen, und auff neue Gründe sich beziehen, dabey aber eine solche Königl. Vergünstigung und gegebenen Zulaß selbige darzuthun, und derselben sich zu bedienen, der gestalt mißbrauchen, daß man befindet, wie sie dadurch nur die Zeit vergeblich zu verzögern und zu verschleppen, auch ihren Wieder-Parten die Execution zu hindern und auffzuhalten, nicht weniger auch aus Rachgier selbige nur auff Schaden und Unkosten zu bringen bemüht sind. Dahero haben J. K. M. umb solchen Mißbrauch vorzubeu-

62) Liefl. L. O. S. 556. 557. — v. Buddenbrock. Thl. 3. S. 1127. 1128.

gen, auch damit ein jeglicher bey seinen rechtlich gewonnenen Urtheilen sicher seyn möge, hiemit in Gnaden zu verordnen und zu befehlen für nöthig erachtet, daß nicht allein die Execution und Vollstreckung sothaner Urtheile nichts destoweniger ihren Fortgang gewinnen solle, wenn der gewinnende Theil Bürgen und Sicherheit dasjenige was Ihm nach Einhalt derselben zu haben und anzutreten zukommt, stellet, sondern auch, ehe und bevor die vermeintliche neue Gründe zur Auffnehmung oder Erörterung kommen mögen; soll derjenige, der die Sache verlohren hat, seinem Gegner real Bürgen für alle Hindernüß, Schaden und Unkosten, auch daneben nicht allein, den, in dem 6 § J. K. M. den 31. Aug. 1682 ausgegangenen Revisions-Stadga anbefohlenen Eyd ablegen, sondern auch noch überdem schweren, daß Er dieses nicht aus Rachgier oder Argheit, noch umb die Zeit zu verschleppen, oder umb die Sache vergeblich, seinem Gegner zum Schaden, auffzuhalten und zu verdunkeln suche, sondern, daß Er nicht anders verstehe, als daß Er billige Ursache habe, sothane Gründe zu behaupten und darauff zu bestehen; Würde nun aber der Richter, für welchem ihnen zugelassen wird dergleichen neue Gründe vorzubringen, untersuchen, und befinden, daß selbige von keiner Wicht oder Wehrt, sondern nur allein zu des Gegentheils Hinderniß und Schaden ersonnen und angesehen wäre; So soll das Gericht alsdann demselben, Er sey auch wer Er wolle, nicht

allein seinem Gegner allen Schaden zu ersetzen aufferlegen, sondern Jhn auch als einen temere litigantem, mit der darauff gesetzten Straffe ansehen; Und hat Er das Vermögen nicht mit Gelde zu büssen, soll Er mit Gefängniß beleget werden."

3) Stadga und Verordnung, in sich haltend einige Stücke zur Verkürtz- und Linderung der Weitläuftigkeiten in denen Rechts-Processen vor die streitende Parten, sowohl bey denen Ober- als Unter-Gerichten. Stockholm d. 4. Julii 1695 § 4 [63]).

„Die Parten sollen in den ersten Instantien, sie mögen münd- oder schriftlich agiren, deutlich und genau, alles was zur Erleuterung der Sachen dienet, beybringen und dabey allen ihren Beweiß, Raisons und Documenten, die sie entweder haben, oder haben können, einlegen und nichts darin vorbeygehen, oder mit Vorsatz, List und allerhand Künste zurücke halten und zu den Ober-Instantien stehen lassen und verschieben. — Wo es sich auch befindet, daß jemand entweder mit seiner raisonen Vorenthaltung und Verzögerung, wie gemeldet worden, listig umgehet, oder auch unnöthige Weitläuftigkeit im Schreiben gebrauchet, so soll er dafür im Hoff-Gericht mit zehn Thaler, auff den RahtStuben mit fünff Thaler, auff dem Cämmergerichte mit zwey Thaler Silber-Müntze gestraffet werden."

63) Liefl. L. O. S. 609. — v. Buddenbrock, Bd. 3. S. 1356.

4) Wird auch noch als hieher gehörig die nota b. pag. 385 des schwedischen Landslag [64]) angeführt, woselbst es heißt:

„Wird aber sonst ein Urtheil unrecht und wieder geführten Beweiß gesprochen, soll dasselbe per appellationem gehoben werden."

Es möchte aber hier unter dem Worte „geführten Beweis" eine neue Beweisführung um so weniger zu verstehen seyn, als diese Note des L. L. nur von Urtheilsqual und Nullitäten spricht.

Hierher gehören ferner die schwedischen Revisions-Verordnungen, nehmlich

5) Placat, angehende die Revision über die Justitiae Sachen. Stockholm d. 22. Juni 1662, § 7 [65]).

„Weiln auch Unsere Revision nichts anders ist, als ein Examen Actorum prioris Instantiae, so soll auch nicht zugelassen seyn, andere Documenten, denn die im Hoffgerichte und denen Unter-Instantien gebraucht worden, einzulegen, es sey denn, daß sie es erst neulich gefunden, und von der Beschaffenheit zu seyn erachtet werden, daß sie vorhin nicht haben bey der Hand seyn können."

6) Placat und Verordnung, angehend die Justitiae Sachen bey der Revision erneuert und verbeßert d. 31. Aug. 1682, § 6 [66]).

---

64) Schwedisches Land-Recht. Frankfurt und Leipzig. 1709. 4.
65) Liefl. L. O. S. 104. — v. Buddenbrock. Bd. 2. S. 267.
66) Liefl. L. O. S. 384. — v. Buddenbrock. Bd. 3. S. 869.

„Beruffet sich jemand auff neue Gründe, und will derselben sich bey Uns bedienen und vorstellen, so muß er eydlich beglaubigen, daß er selbige Gründe zuvor nicht gehabt noch haben können. Sollte auch jemand darauff wohl bestehen, daß er selbige vor dem wohl gehabt, oder davon gewußt, aber nicht habe sehen noch verstehen können, daß selbige von solcher Wichtigkeit und Beschaffenheit, daß sie zu der Sache Erklärung und besser Licht dienen können, welches er doch Progressu Actionis befunden, so stehet dasselbe zu Unserm weitern Erkäntniß."

In Esthland verordnen des Herzogthums Esthen Ritter und Land-Rechte, 1 Buch, Titel 33, Artikel 4 [67]).

„Da aber jemand nach dem ersten, im königl. Landgerichte definitive gesprochenen Urtheil beßere Beweise, die er zuvor nicht gehabt, beyzubringen vermeinte, so soll er nach publicirtem Urtheil, in selben währenden Gerichtstag solches per Supplicationem suchen und bitten, und darauf, nach erhaltenem Zulaß, solche beßere Beweise an folgendem näheſtem Gerichtstage dem königl. Landgerichte zu übergeben, und daß er solche Beweise vorhin nicht gehabt, zu verweisen schuldig seyn. Wenn solches geschehen, alsdann soll solche Sache de novo vorgenommen, das vorige Urtheil nach Befindung entweder geändert oder ap-

67) Gustav Ewers des Herzogthums Ehsten Ritter- und Land-Rechte. Dorpat 1821. S. 232.

probiret werden. Wird aber befindlichen seyn, daß keine andere Beweise, als vorhin, gerichtlichen eingelegt, beygebracht, alsdann soll er seinem Gegentheil alle in der Sache erweislichen Kosten, nach Moderation des königl. Landgerichts, zu vergelten schuldig seyn, und weiter in der Sache nicht gehöret werden."

Der Gerichtsbrauch in Liv-, Esth- und Kurland ist überall für eine gehörige Beschränkung des neuen Vorbringens. Im Livländischen Hofgericht wird zwar ein förmliches Beweisverfahren zugelassen, es ist indeß nur als Ausnahme gestattet, daß der Beweis, welcher in der Unterinstanz unterblieben ist, nachgeholt wird, und die Parthei, welche hiervon Gebrauch machen will, muß zuvor eidlich erhärten: 1) daß sie die Beweismittel, deren sie sich zu bedienen gedenket, während der, in der Unterinstanz Statt gefundenen Verhandlung und terminmäßigen Beweisführung nicht besessen, und die Existenz derselben ihr nicht bekannt gewesen und bekannt seyn können, 2) daß sie erst während der Verhandlung in der Oberinstanz von der, dem neuen Beweismittel beiwohnenden Wichtigkeit Kenntniß erlangt habe und 3) sie sich der Beweisführung nicht aus doloser Absicht wider die Gegenparthei, sondern mit der Ueberzeugung bediene, daß der Ausschlag Rechtens wesentlich davon abhängig sey [68]).

68) Daß dieß der im Livl. Hofgericht befolgte Gebrauch ist, kann ohne allen Zweifel aus dem Werke unsers ausführlichsten

Die oben angeführte Verordnung des Esthländischen Ritter- und Landrechts wird bei dem Esthländischen Oberlandgericht in der Art in Ausübung gebracht, daß das Gericht, wenn es das Gesuch um Zulassung der neu aufgefundenen Beweise erheblich findet, den Beweisführer eidlich erhärten läßt: a) daß er während der Verhandlung in der Unterinstanz keine Kenntniß von den neu aufgefundenen Beweisen hatte, und b) daß er selbige nicht aus Arglist, sondern in der Ueberzeugung vorbringe, daß sie einen wesentlichen Einfluß auf die Entscheidung des Rechtsstreits haben werde.

In Kurland gestattet das Oberhofgericht in Mitau, als Appellationsinstanz, den streitenden Theilen das Recht eines neuen Beweisverfahrens, aber neue Urkunden und Zeugen vorzustellen, ist ihnen untersagt, es sei denn, daß wer sie vorstellt, eidlich erhärtet, daß er während des Verfahrens im Gericht erster Instanz von jenen Urkunden und Zeugen keine Kenntniß gehabt.

Die angeführte Schwedische Revisionsordnung ist gegenwärtig bei uns außer Gebrauch, da für die deutschen Ostseeprovinzen nur die oben § 5 erwähnte Russi-

---

Prozessualisten, des Herrn Landraths und Ritters Samson von Himmelstiern Institutionen des Livländischen Prozesses. Riga 1824. Thl. 1. § 686 — 689 incl. entnommen werden, welcher um so eher hierüber die genaueste Kenntniß erlangen konnte, als er ein mehrjähriges Glied und sogar Präsident dieser Behörde gewesen.

sche Revisionsordnung, welche gar kein neues Vorbringen gestattet, volle Anwendung findet.

§ 12.

Daß sowohl auf die schwedisch-livländische Gesetzgebung, als auch auf den gegenwärtig bei uns beobachteten Gerichtsbrauch die deutsche Reichsgesetzgebung nicht ohne Einfluß gewesen, ist in die Augen fallend. Das Recht des neuen Vorbringens ist indeß nicht unzweckmäßig dadurch mehr beschränkt worden, daß von der Parthei außer dem Juramentum calumniae de non frivole appellando, noch ausdrücklich die Beeidigung verlangt wird, daß ihr die Existenz der neuen Beweismittel früher nicht bekannt gewesen, da doch der J. R. A. vom Jahr 1654 auch gestattet, nur zu beeidigen, daß der Parthei die bekannt gewesenen Beweismittel früher einzubringeu nicht für dienlich oder nöthig geschienen; dagegen wird die Ablegung des Eides von dem Anwalt der Parthei bei uns nicht verlangt.

Diese Beschränkung des Rechts des neuen Vorbringens von Thatsachen und Beweisen, so wie der neuen Ausführung, läßt sich durch das in den Städten Livlands geltende Recht, nemlich durch das Rigische Statut, um so mehr rechtfertigen, als in diesem gerade eine Strenge vorherrschend ist, welche alle nova verbannt. Es ist merkwürdig, daß unsere Livländischen

Prozessualisten, Nielsen[69]), Hezel[70]), der schon erwähnte Samson von Himmelstiern und Cambecq[71]) in dieser Hinsicht des Rigischen Statuts gar nicht gedenken, da dasselbe doch, so wie für die Landbehörden die Römische, Deutsche und Schwedische Gesetzgebung, für die in den Stadtgerichten zu beobachtende Rechtsobservanz, zugleich mit dem Römischen und Deutschen Recht, als gesetzliche Grundlage dienen muß. Und dieß ist um so auffallender, als doch in den Handbüchern des Livländischen Prozesses von Nielsen, Hezel und Cambecq das gerichtliche Verfahren im bürgerlichen Prozeß, wie es in allen Behörden Livlands üblich ist, dargestellt werden soll.

Es verordnen aber Stat. Rig. Lib. II., Tit. 13, §2:

> „Es sollen auch die Parten ihre Documenten und Beweißthumb nicht auf den letzten Satz besparen, noch in selbigem Neuerung einführen. Da nun solches befunden würde, sollen dieselben gestalten Sachen nach, vom Richter, bey Verfassung des Urteils, übergangen werden. Wenn auch das Klagende, oder appellirende Theil sein Libell oder Justificationem schriftlich eingegeben, und das Beklagte Theil, oder Appellat

69) Die Prozeßform in Liefland von Christian Heinrich Nielsen. Dorpat 1825.

70) Grundlinien des ordentlichen livländischen Civilprozesses. Riga 1812.

71) Anleitung zum ordentlichen gerichtlichen Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten in Liefland. Dorpat 1824.

nicht wieder schriftlich antworten will, sondern in der Sachen schließet; so soll dem Klagenden, oder appellirenden Theil, weitere schriftliche Nothdurft ihm vorzubehalten, und dadurch die Sache zu protrahiren, untersaget seyn. Und soll es dergestallt auch in den folgenden Sätzen gehalten werden."

Dieses Gesetz schließt nun alle nova aus, und macht es nicht nur dem Richter zur Pflicht, solche durchaus unberücksichtigt zu lassen, sondern der Appellat kann auch alle etwanigen nova und Deductionen des Appellanten verhindern oder denselben zuvorkommen, wenn er sogleich nach der Appellationsrechtfertigung zum Urtheile schließt. Dieß befördert allerdings die Kürze des gerichtlichen Verfahrens, wie überhaupt in den Rigischen Statuten, und in andern deutschen statutarischen Stadtrechten das Streben, alle Rechtssachen schleunigst zu fördern, vorherrschend ist; indeß könnte doch durch ein solches Verfahren das materielle Recht in vielen Fällen verletzt werden, und dieß möchte wohl die Ursache sein, warum man dieses Gesetz seit längerer Zeit nicht mehr mit aller Strenge befolgt hat. Es ist daher in den vorzüglichsten Städten Livlands, namentlich in Riga und Dorpat die Härte dieses Gesetzes durch den Gerichtsbrauch dahin gemildert worden, daß in der Appellationsinstanz nur die Beibringung neu aufgefundener Beweise zugelassen wird, und muß die Parthei, welche sich derselben zu bedienen gedenket eidlich erhärten, daß sie solche Beweismittel während der in der Unterinstanz

Stattgehabten terminmäßigen Beweisführung nicht besessen und ihr die Existenz derselben nicht bekannt war, wobei auch noch bei dem Rigischen Rathe beeidigt werden muß, daß die Parthei erst während der Verhandlung in der Oberinstanz von der Wichtigkeit dieser Beweismittel Kenntniß erlangt und sie sich derselben wider die Gegenparthei nicht aus Arglist bediene.

Bei dem Revalschen Rathe, wo das Lübische Recht im Gebrauch ist, scheint das Verfahren in dieser Hinsicht mit dem des Esthländischen Oberlandgerichts übereinstimmend zu sein, und für die Kurländischen Städte das oben erwähnte Verfahren des Oberhofgerichts in Mitau Anwendung zu finden.

Ungeachtet dieses in Livland vorzugsweise geltenden, theils durch Gesetze, theils durch den Zeitgeist begründeten, und aus den oben § 10 erörterten Gründen höchst zweckmäßigen Gerichtsbrauchs einer vernünftigen Beschränkung des beneficii novorum, will sich dennoch auch die Ansicht, welche auf den Grund des Römischen Rechts jede Beschränkung des beneficii verwirft, besonders für dessen Anwendnng in den Stadtgerichten, geltend machen.

Es soll nemlich nach dieser Ansicht, das beneficium nondum probata probandi in der Appellationsinstanz nicht darauf zu beschränken sein, daß Appellant nur für den Fall mit weiterer Beweisführung zuzulassen wäre, wenn er erweislich mache, daß die nunmehr beizubringenden Beweismittel zur Zeit der Verhandlung in der Unterinstanz nicht vorhanden, oder ihm nicht be-

kannt gewesen; sondern es müsse vielmehr, nach Vorschrift der in Rechtsobservanz gekommenen L. 4. C. de tempor. et reparat., die Beweisführung ohne solche Beschränkung concedirt werden.

Möge es nun dahin gestellt sein, ob diese auf einem Mißverständnisse dieser Gesetzstelle beruhende Meinung von Deutschen Prozessualisten gleicher Ansicht herrührt, oder nicht; so viel ist indeß gewiß, daß nach der obigen Darstellung der sowohl hier in Livland, als auch der in den angränzenden Provinzen Esth- und Curland beobachteten Praxis, eine solche Rechtsobservanz schwer zu beweisen sein möchte.

Denn abgesehen davon, daß, wie Gönner und Linde mit Gründlichkeit dargethan haben, nach Römischem Recht die Ansicht, daß die Beschwerde bloß auf neues Vorbringen gebaut werden dürfe, sich auf keinen Fall beweisen läßt; abgesehen auch von allen bereits erwähnten Gründen, welche die Beschränkung des beneficii novorum durchaus nothwendig machen; so kann, in Beziehung auf das gerichtliche Verfahren in den Städten Livlands, die unbeschränkte Nachgabe des neuen Vorbringens auch schon deshalb nicht Statt finden, weil das hier geltende, alle nova durchaus untersagende Rigische Statut dazu auch nicht die geringste Grundlage darbietet. Der Gerichtsbrauch hält sich zunächst immer an ein vorhandenes Gesetz, und mildert nur dessen Härte, wenn dieselbe mit den Sitten und dem Zeitgeist nicht mehr harmonirt; und da das Rigische Statut streng

alle nova ausschließt, so wäre der Sprung von solcher Strenge zu dem ganz entgegengesetzten Prinzip für die Rechtsobservanz ein gar zu großer und unnatürlicher. Die oben § 11 angeführten, für die Livländischen Landbehörden gegebenen Schwedischen Verordnungen gestatten die Nachgabe neuen Vorbringens nur mit Beschränkung, warum sollten auch nicht die Livländischen Stadtgerichte eine solche Beschränkung in ihrem Verfahren anwenden dürfen?

Für eine solche angebliche Rechtsobservanz ist indeß glücklicher Weise gar kein Grund vorhanden, und die Livländischen Stadtgerichte möchten wohl thun, wenn sie nach wie vor die Härte des Rigischen Statuts durch die von ihnen befolgte vernünftige und zweckmäßige Beschränkung des Rechts des neuen Vorbringens nur mildern, und sich nicht durch das Mißverständniß des Römischen Rechts eine neue Rechtsobservanz aufdrängen ließen!

II.

Bemerkungen zum § 140 der Curländischen Statuten.

Von C. O. v. Madai.

Der in der Ueberschrift angeführte Paragraph lautet also:

> Si pecunia quoque promissa, nec numerata fuerit a creditore, omnis repetitio cessat, quae exceptio intra annum est opponenda, si modo opponi poterit.

Flüchtiger Anblick dieser Worte dürfte in denselben, einige sprachliche Sonderbarkeiten abgerechnet, kaum etwas anderes Bemerkenswerthes finden lassen, als etwa eine Fristverkürzung der Römischen exceptio non numeratae pecuniae von zwei auf ein Jahr. Indeß hat sorgfältigere Prüfung des Inhaltes mich auf Resultate geführt, die ich hier mitzutheilen mir erlaube, da sie nicht ganz ohne practisches Interesse sein dürften.

Wörtlich übersetzt sagt der Paragraph: „wenn das Geld vom Schuldner auch versprochen, aber nicht gezahlt worden ist, so fällt alle Rückforderung weg, welche Einwendung innerhalb eines Jahres vorgeschützt werden muß" u. s. w. Unwillkürlich frägt man zunächst, welche Einrede, da dieselbe in den vorangehenden Worten nicht näher bezeichnet ist: indeß ergänzt man leicht aus dem Zusammenhange, die Einrede „pecuniam promis-

sam, nec numeratam esse a creditore." Damit aber ist bei weitem noch nicht alle Schwierigkeit gehoben. In welchem innern, logischen Zusammenhange, fragt man weiter, stehen die Endworte „quae exceptio etc." mit dem vorangehenden Satze: „si pecunia promissa nec numerata fuerit, omnis repetitio cessat," ein Satz der an sich so trivial ist, daß er einige Rechtfertigung und Bedeutung nur durch seine Verbindung mit dem Nachsatze gewinnt. Auch hier muß zur Verdeutlichung des innern Zusammenhanges ein Zwischengedanke supplirt werden, nämlich der, daß der Gläubiger gleichwohl auf Rückzahlung des von ihm doch nicht ausgezahlten Darlehns klage, denn die Möglichkeit einer exceptio läßt sich nur bei dem Vorhandensein einer Klage denken. Wie aber kommt der Gläubiger, der das versprochene Darlehn nicht wirklich ausgezahlt hat, zur Klage? worauf gründet er sein Rückforderungsrecht? Hierüber nun fehlt es in unserm Paragraphen an allem nähern Aufschluß, ein Umstand, der, wie sich weiterhin ergeben wird, nicht ohne practisch wichtige Folgen ist.

Man könnte nun zur Begründung des in Rede stehenden Klagerechts des Gläubigers vielleicht so argumentiren. Der Artikel 140 sagt: „si pecunia promissa, nec numerata sit a creditore, omnis repetitio cessat," giebt also in den Worten „nec numerata sit" gewissermaßen einen Ausnahmsfall an, wo die Klage ausgeschlossen bleibt. Die Ausnahme hinweggedacht, würde mithin die Klage eintreten, also per argumentum e contrario sich der Satz ergeben, daß schon

das bloße (natürlich erweisbare) Versprechen eines Darlehns, eine Rückforderung erzeuge, indem es eine so starke Präsumtion für die wirklich erfolgte Auszahlung begründe, daß dieselbe nur durch den ausdrücklichen Gegenbeweis des Schuldners: „non numeratam esse pecuniam," zerstört werden könne, und auch dieses nur innerhalb eines Jahres. Schwerlich dürfte indeß dieser exorbitante Satz in der Absicht der Verfasser der Curländischen Statuten gelegen haben; sagen sie doch selbst ausdrücklich, das bloß verheißene, jedoch nicht ausgezahlte Darlehn, begründet keine Rückforderung. Außerdem beruht derselbe auf einer schiefen Stellung des argumentum e contrario: denn das contrarium von „si pecunia promissa, nec numerata fuerit" ist nicht, wie oben angenommen worden, „si pecunia promissa" sondern vielmehr „si pecunia promissa et numerata fuerit a creditore." Demnach muß der äußere Grund, auf den der Gläubiger seine in unserm Artikel vorausgesetzte Klage stützt, in etwas Anderem, als dem bloßen vorangegangenen Versprechen eines Darlehns gesucht werden: offenbar in irgend einem äußern Zeugniß für die wirklich erfolgte Auszahlung des Geldes. Den scheinbar vollständigsten Beweis hiefür giebt nun zwar ein von dem Schuldner eigenhändig ausgestellter Empfangschein: allein bei der trügerischen Natur dieses Beweismittels findet gegen dasselbe, und zwar zu Gunsten des Schuldners, die bekannte exceptio non numeratae pecuniae statt. Ein Characteristisches derselben ist, daß sie im Sinne des Römischen Rechts nur zur Anwendung

kommt, gegen Empfangscheine, nicht gegen andere Beweismittel, durch welche der Gläubiger die geschehene Zahlung darzuthun versuchen möchte. Indem nun in unserm Artikel 140 der exceptio non numeratae pecuniae ganz allgemein, ohne specielle Beziehung auf ausgestellte Empfangscheine, als des angeblichen Klagegrundes des Gläubigers, gedacht wird, läßt sich die Vermuthung aufstellen, daß die Verfasser der Curländischen Statuten die Absicht gehabt, das Gebiet der genannten exceptio über ihr ursprüngliches Terrain hinaus zu erweitern, und dieselbe nicht bloß gegen Empfangscheine, sondern auch gegen jedes andere Beweismittel des Gläubigers für anwendbar zu erklären. Eine nicht unwichtige Bestätigung dieser Vermuthung dürfte in Folgendem liegen. Das nicht lange nach Publication der Curländischen Statuten abgefaßte so genannte Derschausche Landrecht, das zwar nie Gesetzeskraft erhalten, aber doch als eine Aufzeichnung des damals in der Praxis geltenden Rechts nicht ohne wissenschaftliche wie practische Bedeutung ist, enthält unter andern die Bestimmung [1]), daß die exce-

1) Derschausches Landrecht classis III. Tit. 2. § 15.: „Soll auch diese Exception in nachfolgenden Fällen keine Stadt haben: alß wenn einer für Gerichte, oder für drei oder vier glaubwürdigen Zeugen bekannt hat, daß die Numeration geschehen; ingleichen dehme, der Sich in seinem Testament darzu bekannt hatt. Item wenn auff eigene Handschriften, eigener Bekäntnus über etzliche Zeitt, eine andere Schrift nachfolget, die Solches bekräftiget. Item, wenn einer Sich zu einer Summen bekennet, vndt dem Creditoren zugleich Pfandt davon eingestellet, oder eingeandtwortet hätte."

ptio non numeratae pecuniae ausgeschlossen bleibe, wenn der Schuldner vor drei oder vier glaubwürdigen Zeugen die geschehene Auszahlung des Darlehns bekannt hat. Offenbar also sah man eine ähnliche Erklärung vor zwei Zeugen als nicht hinreichend an, und gestattete gegen dieselbe den Gebrauch der exceptio non numeratae pecuniae, verallgemeinerte mithin das ursprüngliche Gebiet derselben.

Die Richtigkeit der hier aufgestellten Vermuthung angenommen, erscheint nun zwar einerseits die Sicherheit des Gläubigers gefährdet. Denn welche Beweismittel, wird man fragen, bleiben ihm übrig, sich gegen Chicane und Betrug seines Schuldners zu sichern, wenn weder Empfangscheine, noch die gewöhnliche Anzahl von Zeugen hinreichen, die wirklich erfolgte Auszahlung des Darlehns darzuthun? Einige allerdings: so wiederholtes Anerkenntniß der Schuld von Seiten des Debitors, z. B. durch Zahlung von Zinsen, Gesuche von Zahlungsfristen, gerichtliches Bekenntniß der Schuld u. s. w. Andrerseits ist nicht zu übersehen, daß derselbe Grund, der die Anwendbarkeit der exceptio non numeratae pecuniae gegen ausgestellte Empfangscheine rechtfertigt, doch auch in andern Fällen eintreten kann. Der Schuldner der in Geldnoth sich bereit erklärt, dem Gläubiger einen Empfangsschein auch vor Empfang des Geldes auszustellen, wird sich eben so wenig, zumal wenn er des Schreibens unkundig, weigern, ein ähnliches Bekenntniß vor Zeugen abzulegen, in der bestimmten Voraussetzung, daß der Gläubiger ihm das versprochene

Geld wirklich auszahlen werde. Der in dieser Erwartung getäuschte Schuldner soll durch die exceptio non numeratae pecuniae in Schutz genommen werden, und verdient denselben in gleichem Maße, auf welche Weise auch immer der unredliche Gläubiger sich des Vortheils seiner Stellung zu bedienen versuchen mag. Es ist Sache des umsichtigen Richters, gewissenhaft die Beweismittel zu prüfen, und danach die exceptio non numeratae pecuniae entweder zu verwerfen, oder ihr Gehör zu geben.

Nicht minder abweichend vom Römischen Rechte ist die in unserm Artikel ausgesprochene Verkürzung der Frist, innerhalb deren die exceptio non numeratae pecuniae angewandt werden darf. Ja es liegt eben darin vielleicht eine neue Bestätigung der oben ausgesprochenen Vermuthung einer absichtlichen Verallgemeinerung der genannten Einrede. Einmal nämlich zeigt sich schon in dieser Fristbeschränkung, daß wir es hier nicht mit der exceptio non numeratae pecuniae streng im Sinne des Römischen Rechts, vielmehr mit einer selbstständig umgewandelten Einrede zu thun haben: sodann aber dürfte gerade die Rücksicht, daß die in der Verallgemeinerung der exceptio non numeratae pecuniae liegende größere Begünstigung des Schuldners, auch eine angemessene Entschädigung für den Gläubiger erheische, die Veranlassung zu der Herabsetzung der zweijährigen auf eine einjährige Frist gegeben haben. Vielleicht könnte man auch hier an einen Einfluß des Polnischen Rechts denken. Mangel an den erforderlichen

Hülfsmitteln hat es mir leider unmöglich gemacht, deßfalsige weitere Untersuchungen anzustellen. Das Derschausche Landrecht, das sich im Ganzen den Bestimmnngen des Römischen Rechts über die exceptio non numeratae pecuniae anschließt [2]), hat dessen zweijährige Dauer der Einrede recipirt. Interessant ist, daß das Esthnische Ritter- und Landrecht [3]), in Uebereinstimmung mit den Curländischen Statuten, gleichfalls einjährige Dauer der genannten Einrede festsetzt. Ob dies aus gegenseitigem Einfluß oder aus einer gemeinsamen Urquelle, aus der etwa beide Rechte geschöpft, abzuleiten, wage ich nicht zu bestimmen. Vielleicht daß das ältere Sächsische Recht, das nicht geringen Einfluß auf das ältere Polnische Recht gehabt hat, mit seiner Klageverjährung

---

2) Derschausches Landrecht a. a. O. Wenn Jemandt seine Obligation von Sich gegeben, In Meinung daß Ihm die darin enthaltene Gelde gezahlet werden sollen, aber darauff nicht erfolget, vndt mit solcher Obligation vor Gerichte, ehe zwei Jahr verschienen, besprochen wirdt; So kann Er vndt seine Erben, auch Bürgen die exceptionem non numeratae pecuniae einwenden, vndt wird von seiner Schuldt, wo der Creditor die Liefferung des Geldes nicht probiren kann, absolviret, wo aber solche erwiesen wirdt, der Debitor in duplum condemniret.

Nach verflossenen zweyen Jahren aber, kann der Debitor, wo ferne Er den Beweis des nicht erlegten Geldes auff sich nimpt, dieße Exception noch mahlen gebrauchen.

Würde aber derjenige, so die Handschrift empfangen, nicht agiren, oder klagen, so kann derselbe, welcher die Handschrift von sich gegeben, dieselbe per condictionem sine causa repetiren, vndt wieder fohdern.

3) Esthländisches Ritter- und Landrecht. B. IV. Tit. 2. Art. 10. Vgl. Erörterungen ꝛc. Bd. I. Heft 3. Abhandl. XI. S. 279 ff.

von Jahr und Tag, die Quelle der einjährigen Dauer der exceptio non numeratae pecuniae gewesen. Von welchem Momente an übrigens die Verjährung beginne, bedarf kaum einer näheren Auseinandersetzung. Die Einrede soll die Beweiskraft der von dem Gläubiger vorgebrachten Beweismittel der Zahlung zerstören, verjährt also von dem Momente der Existenz dieser Beweismittel.

Schließlich scheinen noch die Endworte unsers Artikels: „si modo opponi peterit" einer kurzen Erklärung zu bedürfen. Birkel giebt dieselben in seiner bekannten Uebersetzung der Curländischen Statuten, im Zusammenhange mit dem Vorangehenden, in folgender Weise wieder; „und muß die Einrede des nicht gezahlten Geldes, innerhalb eines Jahres vorgeschützt werden, wenn anders solches hat geschehen können." Dies könnte leicht so verstanden werden, als ob damit eine Ausnahme von der nur einjährigen Dauer der Einrede habe angedeutet werden sollen, wenn der Schuldner durch unverschuldete Hindernisse an dem Gebrauch der Einrede verhindert worden, z. B. durch Abwesenheit des Gläubigers. Allein so erklärt, würde der Zusatz: „si modo opponi poterit" völlig überflüssig sein, da sich von selbst versteht, daß, wo die Erfordernisse der in integrum restitutio vorhanden sind, deren Grundsätze und Wirkungen auch hier zur Anwendung kommen werden, abgesehen davon, daß dem Schuldner durch die so genannte querela non numeratae pecuniae ein besonderes Hülfsmittel, sich die Einrede zu sichern, an

die Hand gegeben ist. Ja es enthält die fragliche Uebersetzung Birkel's eine kleine Ungenauigkeit in dem Gebrauche der Tempora, die zu der gedachten Mißdeutung gar leicht Veranlassung geben kann: denn nach Birkel's Uebertragung müßte es unfehlbar heißen: „si modo opponi poterat“ statt „poterit.“ Richtiger dürfte der fragliche Zusatz zu verstehen sein von den juristischen Hindernissen, die der Anwendung der exceptio non numeratae pecuniae im Wege stehen können, also den Ausnahmsfällen, wo dieselbe ausgeschlossen bleibt. Freilich werden diese letzteren in unserm Artikel nicht speciell aufgezählt, was sich gar wohl aus dem Character der Curländischen Statuten rechtfertigt, die sich darauf beschränken, die Hauptgrundsätze des geltenden Rechts in möglichster Kürze zusammenzustellen, ohne das nähere Detail der Rechtsbestimmungen, die in der Kenntniß der Rechtsgelehrten und der Gerichte fortlebten, dadurch aufheben zu wollen. Gerade hier dürfte nun das Derschausche Landrecht, das mit seinen schon oben angegebenen Bestimmungen [4]) eine Aufzeichnung des derzeitig practischen Rechtes uns liefert, subsidiarisch eintreten. Es würde demnach die exceptio non numeratae pecuniae ausgeschlossen bleiben: wenn der Empfang des Geldes von dem Schuldner 1) gerichtlich, oder vor drei oder vier Zeugen, 2) im Testament, 3) in einer zweiten, einige Zeit nach der ersten, ausgestellten Handschrift, 4) durch Bestellung eines Pfandes für die

4) Vgl. oben Anm. 1.

Schuld, anerkannt worden ist. — Die hier gegebene Erklärung stimmt nicht nur mit den Worten: „si modo opponi poterit,“ die wir demnach übersetzen würden: „vorausgesetzt daß die Einrede überhaupt wird eingewendet werden können,“ besser überein, sondern sie giebt denselben zugleich eine prägnante Bedeutung, während sie nach Birkel's Uebertragung als ein überflüssiger Zusatz erscheinen.

III.

Welche Wirkung hat die von dem Schuldner, ohne Wissen des Pfandgläubigers vorgenommene Veräußerung der verpfändeten Sache, nach Esthländischem Recht?

Von C. O. v. Madai.

Ueber den Erfolg einer von dem Schuldner ohne Einwilligung des Pfandgläubigers geschehenen Veräußerung der verpfändeten Sache scheint das Esthländische Ritter- und Landrecht beim ersten Anblick kaum einen Zweifel übrig zu lassen. Dasselbe verordnet:

B. IV. Tit. 6. Art. 11. So ist auch keiner bemächtiget, das einem Andern zu Pfande ver-

schriebene Gut vor der Einlösung ohne des Pfandherrn Wissen und Willen zu verkaufen.

Gleichwohl dürfte die unbestimmte Wortfassung des Artikels bei näherer Prüfung eher geeignet sein, Zweifel aller Art hervorzurufen, als zu beseitigen. Denn was heißt „so ist auch keiner bemächtiget"? Soll damit gesagt sein, die dennoch vorgenommene Veräußerung ist ipso iure nichtig, oder nur, sie ist insofern erfolglos, als durch sie das Eigenthum der verpfändeten Sache auf den neuen Käufer nicht übergehen kann? Wie ja denn bekanntlich die Wirkung von Veräußerungsverboten je nach der Verschiedenheit der Fälle, eine sehr verschiedene sein kann. Was bedeutet ferner der Ausdruck: „das einem Andern zu Pfand verschriebene Gut"? Sind damit nur unbewegliche, oder auch bewegliche verpfändete Sachen gemeint? wie denn z. B. v. Bunge in seinem Privatrecht [1]) den in Rede stehenden Artikel des R. R. nur auf verpfändete Mobilien zu beziehen scheint. — Ja, macht nicht endlich der Ausdruck: „vor der Einlösung," es mehr als zweifelhaft, ob nicht das in unserm Artikel ausgesprochene Veräußerungsverbot, auf Pfandrechte mit Besitzübertragung zu beschänken sei? denn einzulösen pflegt man nur, was in eines andern Gewalt und Besitz sich befindet.

Bei der unleugbar practischen Wichtigkeit der hier angeregten Fragen auf der einen und der Zweideutig-

---

1) Vgl. v. Bunge das Liv- und Esthländische Privatrecht. B. II. Tit. 8. § 144.

keit unsers Artikels auf der andern Seite, wird es dem Zwecke dieser Blätter nicht unangemessen sein, wenn wir hier etwas näher auf die Erklärung des fraglichen Artikels eingehen.

Schon der innige Zusammenhang, der in vielen Materien zwischen dem Esthländischen Ritterrechte und dem Römischen Rechte stattfindet [2]), würde es angemessen erscheinen lassen, auch in dem vorliegenden Falle zunächst auf das Römische Recht, als die muthmaßliche Quelle unsers Artikels, zurückzugehen, selbst wenn nicht noch eine besondere äußere Aufforderung dazu vorhanden wäre. Es weisen nämlich die dem Artikel unterstellten Citate auf das Römische Recht zurück: wir untersuchen also billig zunächst, inwiefern dieselben dem Inhalte unsers Artikels entsprechen, und zu dessen weiterer Aufhellung etwas beizutragen vermögen. Diese Stellen sind:

1) L. 3. § 1. D. stellionatus [3]). (47, 20.) Ulpian — maxime autem in his locum habet (sc. crimen stellionatus), si quis forte rem alii obligatam, dissimulata obligatione, per calliditatem alii distraxerit. — —

2) L. 36. § 1. D. de pigneratitia actione. (13, 7.) Ulpian — sed et si quis rem alie-

---

2) Vgl. meine Abhandlung „das Römische Recht in dem Esthländischen Ritter- und Landrecht.“ Bd. I. Heft 3. S. 359 ff.

3) In der von Ewers besorgten Ausgabe des Esthländischen Ritter- und Landrechts. Dorpat, 1821, wird unrichtig citirt: „L. 3 § 2. D. stellionatus.“

nam mihi pignori dederit, sciens prudensque, vel si quis alii obligatam mihi obligavit, nec me de hoc certioraverit, eodem crimine (sc. stellionatus) plectetur.

Von diesen beiden Stellen steht die letztere mit dem Inhalte unsers Artikels in gar keinem oder doch nur sehr entferntem Zusammenhange. Sie behandelt den Fall, da der Schuldner eine fremde oder, wenn auch ihm selbst gehörige, so doch bereits einem Andern verpfändete Sache seinem Gläubiger verpfändet ohne denselben von der früheren anderweitigen Verpfändung derselben Sache in Kenntniß zu setzen. Von einer Veräußerung des Pfandes, wie unser Artikel sie voraussetzt, ist gar nicht die Rede. Auch die erste der beiden obigen Stellen paßt nur zum Theil hieher. Zwar spricht dieselbe von einer Veräußerung des Pfandes durch den Schuldner, hebt aber nur deren Wirkung in Beziehung auf den Käufer, nicht auf den Pfandgläubiger hervor. Dem erstern gegenüber, sagt die Stelle, mache sich der Schuldner eines Stellionats schuldig. Sie bezieht sich also nicht, wie unser Artikel, auf die Folgen der verheimlichten Veräußerung, sondern der verheimlichten früheren Verpfändung, und redet mithin nicht von einer, wie man doch wohl erwarten sollte, dem Pfandgläubiger, sondern dem Käufer der Sache verheimlichten Handlung des Schuldners. So giebt denn auch diese erstere Stelle keine Ausbeute für die Erklärung unsers Artikels, vielmehr nur einen neuen Beleg dafür, wie so oft die Verfasser des Ritterrechts

sich in der Wahl der Beweisstellen aus dem Römischen Rechte vergriffen haben. Es fragt sich aber, ob das Römische Recht nicht an andern als den citirten Orten Aufschluß über die Wirkung einer von dem Schuldner ohne Wissen des Pfandgläubigers vorgenommenen Veräußerung des Pfandes gebe? Klar und bestimmt spricht sich hierüber ein Rescript der Kaiser Maximian und Diocletian dahin aus:

> L. 12. C. de distractione pignorum. (8, 28.) Si debitor rem tibi iure pignoris obligatam, te non consentiente distraxit: dominium cum sua caussa transtulit ad emtorem.

Die Veräußerung ist also nicht nur an sich zulässig, sondern sie überträgt sogar das Eigenthum der Sache auf den Käufer: Beweis genug, daß nach Römischer Ansicht das Veräußerungsrecht des Schuldners nicht im mindesten an die Einwilligung des Pfandgläubigers gebunden ist. Dies entspricht auch durchaus der Natur des Pfandrechts, denn dasselbe überträgt auf den Gläubiger nicht materielle Herrschaft über die Sache, sondern nur ein dingliches Recht an derselben, und somit müssen die gewöhnlichen Eigenthumsrechte, und als deren Ausfluß wesentlich das Veräußerungsrecht, dem Schuldner verbleiben. Auch wird dadurch keineswegs die Sicherheit des Pfandgläubigers gefährdet, der das ihm an der Sache zustehende dingliche Recht ja gegen jeden Besitzer derselben, also auch gegen den neuen Käufer, geltend machen kann, und in diesem Sinne sagt Dio-

cletian a. a. O., das Eigenthum gehe zwar über auf den Käufer, jedoch „cum sua caussa," d. h. mit dem Pfandrechte belastet, ein Ausdruck, dessen auch Paulus an einem andern Orte sich in gleichem Sinne bedient [4]. Eben so wenig wird durch solche Veräußerung des Pfandes das ursprüngliche Obligationsverhältniß zwischen dem Pfandgläubiger und seinem Schuldner alterirt: dasselbe bleibt nach wie vor unverändert bestehen [5]), in wessen Hand sich übrigens die dem Gläubiger verpfändete Sache befinden mag. — Daß diese Grundsätze noch unverändert im Justinianeischen Rechte gelten, beweist nicht nur die ausdrückliche Sanction, die Justinian denselben in seiner Novelle 112. c. 1. [6]) ertheilt hat, sondern auch der Umstand, daß die Einwilligung des Pfandgläubigers in die weitere Veräußerung des Pfandes demselben als ein Verzicht auf sein Pfandrecht

4) L. 18. § 2. D. de pigneratitia actione (13, 7) — si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris; quia cum sua caussa fundus transeat.

5) L. 10. C. de remissione pignorum. (8, 26.) Res pignoris hypothecaeve iure creditoribus obnoxias citra consensum eorum debitores alienantes, praecedentem non dissolvunt obligationem.

6) Nov. 112. c. 1. Si quidem speciales res mobiles aut se moventes nominatim fuerint hypothecae suppositae liceat quidem debitori, eas cui et quando voluerit vendere, sic tamen, ut ex pretio earum, usque ad debiti quantitatem, satisfaciat creditori. Si autem debitor hoc non fecerit, damus licentiam creditori, qui rem venditam suppositam habet, eandem rem vindicare, donec ei pro debito satisfiat.

interpretirt wird, wenn er nicht ausdrücklich dabei die Fortdauer seines Pfandrechts sich vorbehält [7]).

Das Resultat also der bisherigen Untersuchung ist, daß das Römische Recht die selbst ohne Wissen und Willen des Pfandgläubigers von dem Schuldner vorgenommene Veräußerung des Pfandes für durchaus gültig und zulässig betrachtet [8]), ja sogar das Eigenthum der Sache auf den Käufer übergehen läßt, versteht sich „salvo pignoris iure."

Kehren wir nach dieser nothwendigen Vorerörterung

---

7) L. 158 D. de R. I. (50, 17.) Creditor qui permittit rem venire, pignus dimittit. — L. 4. § 1. D. quibus modis pignus (20, 6). Si in venditione pignoris consenserit creditor — — dicendum erit pignus liberari: nisi salva caussa pignoris sui consensit. — L. 8. § 15. D. eod. — non videtur autem consensisse creditor, si sciente eo debitor rem vendiderit, cum ideo passus est venire, quod sciebat ubique pignus sibi durare: sed si subscripserit forte in tabulis emtionis consensisse videtur: nisi manifeste appareat, deceptum esse.

8) Wenn gleichwohl, so ausdrücklichen Quellenzeugnissen gegenüber, von Manchen selbst noch in neuerer Zeit das Gegentheil behauptet worden ist (cf. z. B. Breidenbach de pignore per debitorem distracto. Heidelberg, 1817), so ist dies wahrhaft unbegreiflich. Sie berufen sich hauptsächlich darauf, daß nach L. 5. C. de legibus alle gegen ein gesetzliches Verbot vorgenommenen Handlungen ipso iure nichtig seien. Dabei aber haben sie vergessen, aus dem Römischen Rechte ein Gesetz, wodurch dem Schuldner Veräußerung des Pfandes ohne Wissen des Gläubigers verboten würde, nachzuweisen. Gesetzt aber auch, es ließe ein solches aus dem früheren Römischen Rechte sich vorbringen, so würde doch jedenfalls die oben angeführte Novelle Justinians, als neueres Recht, vorgehen, die Veräußerung des Pfandes also bei Kraft bleiben müssen.

zu unserm Artikel 11 zurück. Für dessen Erklärung ist von entscheidender Wichtigkeit die Auffassungsweise seines Verhältnisses zum Römischen Recht. Hierüber sind zwei Ansichten möglich:

1) Man betrachtet unsern Artikel als aus dem Römischen Recht geschöpft, und dafür scheinen allerdings die aus diesem letzteren entlehnten Citate zu sprechen. Dann entscheidet über die Auslegung unsers Artikel natürlich der Sinn der Quelle, derselbe muß demnach dahin erklärt werden: die Veräußerung des Pfandes ohne Consens des Pfandgläubigers ist nichts destoweniger giltig und Eigenthum übertragend; der fragliche Artikel mithin eine lex imperfecta, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit: nec poenam iniungit ei, qui contra legem fecit."

2) Der Artikel 11 ist selbstständigen, vom Römischen Recht ganz abweichenden Inhaltes; dieses letztere kommt daher bei der Erklärung hier gar nicht in Betracht. Dafür spricht erstens der Umstand, daß die aus dem Römischen Recht unter unserm Artikel citirten Gesetzstellen in der That etwas ganz Anderes aussagen, als sie bestätigen sollen, sei es daß die Verfasser des R. u. LR. sich über ihren wahren Sinn täuschten, oder daß es ihnen überhaupt nur daran lag, verwandte Bestimmungen des Römischen Rechts vergleichsweise anzuführen. Sodann aber zweitens der fernere Inhalt unsers Artikels, der nicht minder eigenthümlich und von dem Römischen Rechte abweichend ist, wenn er festsetzt,

„hätte aber der Debitor das verschriebene Pfand einem Andern arrendsweise eingethan, ist er schuldig, dasselbe unsäumlich wieder zu freihen, und bis zu geleisteter völliger Bezahlung an Capital und Renten dem Gläubiger zu liefern.“ —

Es fragt sich nun zuförderst, welche von diesen beiden Erklärungsweisen, deren jede ihre guten Gründe hat, den Vorzug verdiene? Die Entscheidung kann nur ausgehen von der Grundansicht, die man über das Verhältniß des Römischen Rechts zum R. und LR. hat. Betrachtet man jenes als die Grundlage und die Hauptquelle, namentlich in solchen Materien, die nicht auf ursprünglich Germanischen Rechtspricipien beruhen, so wird man kaum umhin können, dem fremden Rechte einen überwiegenden und entscheidenden Einfluß auf die Erklärung unsers R. und LR. einzuräumen. Bei nur einiger Consequenz wird man dann nothwendig dazu kommen, da, wo das R. und LR. sich nicht ganz deutlich ausspricht, dessen Sinn nach verwandten Bestimmungen des Römischen Rechts zu deuten. In dieser Weise behandelt unsern Artikel der Verfasser der lithographirten „Darstellung des bürgerlichen Rechts der Ostseeprovinzen“ in der es B. II. § 1508 heißt „im Mangel abweichender Uebereinkunft, bleibt der Schuldner als Eigenthümer des Pfandes berechtigt, dasselbe auch ohne Einwilligung des Gläubigers zu veräußern, wiewohl solche Veräußerung die vorhandenen Pfandrechte nicht mindert.“ Als Beleg für diesen Satz wird nämlich, außer den oben

bereits angeführten Stellen des Römischen Rechts, als ganz gleichen Inhaltes, unser Artikel 11 angeführt.

Faßt man dahingegen das Verhältniß des Römischen und des R. und LR. zu einander mehr von dem Gesichtspunkte auf, daß jenes, wenn auch in manchen Materien allgemeine Grundlage des letzteren, gleichwol nur in derjenigen Gestalt, die es in diesem letzteren erhalten, in Betracht komme, so wird das Römische Recht nicht wohl als Entscheidungsnorm für die Auslegung des R. und LR. angesehen werden können, vielmehr da, wo eine Abweichung beider sich findet, eine wirkliche Umbildung des Römischen Rechts, selbst wenn auf dasselbe in den Citaten verwiesen sein sollte, angenommen werden müssen.

Welche von diesen beiden Auffassungsweisen ich meines Theils für die richtigere halte, bedarf bei der Bestimmtheit, mit der ich mich darüber bereits mehrfach in diesen Erörterungen ausgesprochen [9]), keiner weiteren Auseinandersetzung. Von selbst versteht es sich daher, daß ich Erklärung unseres Artikel 11 aus seinen eigenen Worten, nicht aus dem Inhalte des Römischen Rechts, fordere. Hier tritt uns nun freilich, bei der schon oben in dem Eingange zu dieser Abhandlung gerügten Unbestimmtheit und Zweideutigkeit der in dem Artikel gebrauchten Ausdrücke, manche Schwierigkeit entgegen. Es handelt sich um die Entscheidung folgender Fragen:

---

9) Vgl. diese Erörterungen Bd. I. Heft 3. Abhdlg. XI. S. 286.

I. Welche Wirkung hat die gegen das Verbot des Art. 11 vorgenommene Veräußerung?

II. Bezieht sich das Verbot auf bewegliche oder unbewegliche Sachen, oder auf beide? auf Faustpfänder oder auch auf hypothekarisch verpfändete Sachen?

Ad. I. Der Artikel 11 sagt „so ist auch keiner bemächtiget“. Dieser Ausdruck ist offenbar mehrfacher Deutung fähig. Man könnte nämlich denselben:

1) dahin erklären, der Schuldner darf nicht veräußern, ohne Consens des Pfandgläubigers. Thut er es gleichwohl, so handelt er gegen ein gesetzlich ausgesprochenes Veräußerungsverbot, und in Folge dessen ist nicht nur die auf Grund des Kaufvertrages erfolgte Uebertragung des Eigenthums, sondern auch der abgeschlossene Kaufvertrag selbst ipso iure nichtig, d. h. derselbe muß als gar nicht existirend betrachtet werden. Ausdrücklich wird der Uebertretung gesetzlicher Veräußerungsverbote diese strenge Wirkung beigelegt in der L. 5. C. de legibus [10]), die man allerdings als eine

10) L. 5. C. de legibus (1, 14) — nullum pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus consecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente. Quod ad omnes etiam legum interpretationes, tam veteres quam novellas trahi generaliter imperamus: ut legislatori quod fieri non vult, tantum prohibuisse sufficiat: caeteraque quasi expressa ex legis liceat voluntate colligere: hoc est, ut ea quae leges fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit, inutile esse debere quod factum est: sed et si quid fuerit subsequutum ex eo, vel ob

gemeinrechtlich allgemeine Interpretationsregel ansehen kann. Dem zufolge würde nicht nur der Pfandgläubiger die Sache dem Käufer mit der hypothecarischen Klage wieder abfordern, sondern sogar der Schuldner dieselbe vindiciren dürfen, ohne die exceptio rei venditae et traditae befürchten zu müssen, denn aus einem an sich nichtigen Vertrage kann keine Einrede irgend einer Art entspringen. Es würde ferner der Richter, vorausgesetzt daß er davon weiß, einen von dem Schuldner ohne Einwilligung des Pfandgläubigers über das verpfändete Immobile abgeschlossenen Kaufvertrag nicht corroboriren dürfen, da der Vertrag gesetzlich gar nicht existirt, und eben so wenig auf Grundlage desselben ein Proclam erlassen. Ja endlich würde, Richtigkeit des Vertrages vorausgesetzt, für den Schuldner selbst aus dem Verkauf des Pfandes unter Umständen ein eigenthümlicher Nachtheil hervorgehen. Gesetzt die von dem Schuldner ohne Wissen des Pfandgläubigers veräußerte Sache wäre eine bewegliche, z. B. eine Bibliothek, Gemäldesammlung u. s. f., und dieselbe in den Händen des Käufers, zwar durch eine Vernachlässigung, jedoch nicht von der Art, daß dadurch die legis Aquiliae actio begründet worden, also durch eine s. g. außeraquilische culpa, z. B. durch schlechte Verwahrung, sorglose Verpackung u. s. w. verschlechtert worden, oder gar zu Grunde gegangen, so würde dem Schuldner durchaus kein Entschädigungs-

---

id, quod interdicente lege factum est, illud quoque inutile esse praecipimus.

anspruch, weil keine Contractsklage, zustehen. Daß dadurch auch die allendliche Sicherheit des Gläubigers gefährdet werden könne, leuchtet von selbst ein. Denn wenngleich der Untergang des Pfandgutes in jedem Falle das Pfandrecht aufhebt, so ist doch unleugbar der Gläubiger selbst besser daran, wenn der Schuldner von einem Dritten für die zu Grunde gegangene Sache Schadensersatz erhält, als wenn dies nicht der Fall. Mit der größeren Zahlungsfähigkeit des Schuldners, steigt ja von selbst die Sicherheit des Gläubigers. — Alle diese einzelnen mit der Annahme absoluter Nichtigkeit des ohne Consens des Pfandgläubigers abgeschlossenen Kaufvertrags verbundenen Inconvenienzen machen es wahrscheinlich, daß unser R. und LR. so strenge Wirkungen mit dem Ausdruck „es ist auch keiner bemächtiget" nicht habe verbinden wollen, zumal wenn man erwägt, welche Hindernisse der practischen Ausführbarkeit entgegenstehen. Denn in den wenigsten Fällen wird dem Richter oder dem Käufer die Existenz eines an der verkauften Sache haftenden Pfandrechts bekannt sein: und welche Mittel stehen ihm zu Gebote, sich von dem Nichtdasein eines solchen zu überzeugen? Welche Unsicherheit würde nothwendig in den Verkehr des täglichen Lebens kommen, müßte jeder Käufer sich gewärtigen, den von ihm bona fide abgeschlossenen Kaufcontract für nichtig angefochten zu sehen, bloß weil ein ihm vielleicht unbekannter bei dem Verkauf interessirter Pfandgläubiger in die Veräußerung nicht eingewilligt? — Es kann aber der obige Ausdruck „so ist auch keiner bemächtiget"

2) auch dahin erklärt werden: „der Schuldner ist nicht berechtigt", und zwar in dem Sinne nicht berechtigt, wie etwa jemand nicht befugt ist, eine fremde Sache zu veräußern. In diesem Sinne genommen, würde die Wirkung der von dem Schuldner ohne Wissen des Pfandgläubigers vorgenommenen Veräußerung eine von dem vorigen Falle wesentlich verschiedene sein. Zwar würde auch hier durch solchen Verkauf kein Eigenthum auf den Käufer übergehen, so wenig als wenn jemand überhaupt eine ihm nicht zugehörige Sache veräußert, allein der über die Sache abgeschlossene Kaufcontract würde an und für sich zu Recht beständig sein. Dies ist von äußerster Wichtigkeit für den Käufer, der dann einerseits wenigstens aus dem abgeschlossenen Vertrage klagen und seine Entschädigungsansprüche wegen Eviction verfolgen kann, und andrerseits auch gegen Anfechtung des abgeschlossenen Kaufvertrages durch den Verkäufer, also den Schuldner selbst und dessen Erben, gesichert ist, indem ihm dann gegen deren etwaige Vindication die exceptio rei venditae et traditae zusteht. — Die weiteren Folgen dieser Erklärungsweise der Worte „so ist auch keiner bemächtiget" — zu deren Gunsten übrigens auf den weiteren Inhalt unsers Artikels, wenach ja auch die Verpachtung der verpfändeten Sache ohne Consens des Pfandgläubigers nicht absolut nichtig ist, sondern den Schuldner nur verpflichtet: „das Pfand unsäumlich wieder zu freihen, und bis zu geleisteter völliger Bezahlung an Capital und Renten dem Gläubiger zu liefern" hingewiesen werden könnte — lassen sich erst nach vor-

heriger Erledigung der zweiten Hauptfrage, nach dem Umfange des Veräußerungsverbotes in unserm Artikel 11, erörtern.

Ad. II. Die Worte des Artikels lassen es nämlich nicht minder zweifelhaft, ob das darin ausgesprochene Veräußerungsverbot verpfändeter Sachen sich nur auf Immobilien oder auch auf bewegliche Gegenstände erstreckt. Man könnte vielleicht beim ersten Anblick durch den Ausdruck „Pfandherrn" sich versucht finden, unsern Artikel überhaupt nur auf den eigenthümlichen Pfandbesitzcontract zu beziehen. Damit aber würde weder der Inhalt noch die sonstige Ausdrucksweise des Artikels übereinstimmen. Der Inhalt nicht, sofern der Pfandcontract verbunden zu werden pflegt mit einem eventuellen Kaufcontracte, demnach sich von selbst versteht, daß der Pfandgeber, oder ursprüngliche Debitor und Verkäufer, das Pfandgut nicht ohne Consens des Pfandnehmers, auf den er ja seine Eigenthumsrechte nur in anderer Form übertragen hat, weiter verkaufen kann. Der Ausdruck nicht, da im weitern Verlauf des Artikels der Pfandgeber und Pfandherr in einer Weise bezeichnet und erwähnt werden, die nicht wohl eine andere Deutung als die eines gewöhnlichen durch Bestellung eines Pfandrechts gesicherten Schuldverhältnisses zulassen und außerdem das Wort „Pfandherr" im R. und LR. häufig in dem Sinne von Pfandgläubiger, z. B. bei Mobilien gebraucht wird, die doch nicht Gegenstand des Pfandbesitzcontractes sind, so in B. IV. Tit. 6. Art. 15 u. 16. Ein eigentlicher Grund nun zur Beschränkung unsers Artikels auf Mobilien oder

Immobilien, liegt in den Worten desselben durchaus nicht vor, das „zum Pfande verschriebene Gut“ kann so gut eine hypothekarisch verpfändete Gemäldegallerie, Schaafheerde, Bibliothek, Waarenlager u. s. f., als ein mit Hypotheken beschwertes Landgut, Haus u. s. w. sein. Indeß würde allerdings die verschiedene Natur dieser Dinge, und namentlich die Verschiedenheit der bei ihrer Veräußerung zu beobachtenden Formen bei der Erklärung unsers Artikels nicht außer Acht zu lassen sein, und hierauf haben wir noch etwas näher einzugehen.

Setzen wir zuförderst die verpfändete Sache sei ein Immobile, etwa ein Landgut, und ohne Wissen des Pfandgläubigers von dem Schuldner weiter veräußert worden. Daß durch solchen Verkauf kein Eigenthum auf den Käufer übergehe, ist eben aus den Worten des Artikels hergeleitet worden. Der Käufer gewinnt also bloße bonae fidei possessio. Nun aber würde, das aus dem Pfandrecht hier entspringende Hinderniß einstweilen hinweggedacht, das Eigenthum an dem Immobile nicht sofort durch den Kaufvertrag, sondern immer erst durch die gerichtliche Zuschreibung [11]) auf den Käufer übergangen sein. Diese so wie das daran sich knüpfende Proclam kommen also auch hier in Betracht. Der Käufer wird sich, zumal wenn ihm die Existenz eines Pfandrechts an der Sache von dem Verkäufer verschwiegen worden ist, an den Richter mit dem Gesuch um Corro-

11) Vgl. v. Bunge das Liv- u. Esthländische Privatrecht. B. II. § 120.

boration des Kaufvertrages und Adjudication des Eigenthums wenden. Kann nun der Richter diese verweigern? Ich glaube allerdings, wenn ihm das Vorhandensein von Hypotheken an dem verkauften Gute, sei es durch die geschehene förmliche Ingrossation, sei es ohne solche, bekannt, und der Consens der Pfandgläubiger in die Veräußerung nicht beigebracht worden ist. Er darf und muß das Gesuch des Käufers zurückweisen auf Grund der Worte unsers Artikels: „so ist auch keiner bemächtiget" u. s. f. Ist ihm dahingegen die Existenz von Hypotheken unbekannt, so kann er freilich zunächst die Corroboration des ihm präsentirten, wenn im Uebrigen fehlerfreien Kaufcontractes nicht verweigern: indeß erläßt er ein Proclam zur Ermittelung etwaniger dinglicher bisher nicht verlautbarten Ansprüche Dritter. Dabei nun fragt sich, welchen Einfluß hat das Proclam? Gesetzt es melden sich innerhalb der Proclamszeit bisher unbekannte Pfandgläubiger, so wird der Richter bis deren Consens in die geschehene Veräußerung erfolgt ist, die Adjudication des Eigenthums an den Käufer verweigern müssen. Wie aber, wenn dergleichen Pfandgläubiger die Proclamsfrist versäumen? Man könnte hier geneigt sein, Verlust ihres Pfandrechts anzunehmen, als Folge der präcludirenden Wirkung des Proclams. Indeß bezweifle ich die Richtigkeit solcher Annahme. Das von dem Richter erlassene Proclam hat hier lediglich den Zweck, die Hindernisse zu beseitigen, die etwa der Adjudication des Eigenthums an den Käufer im Wege stehen. Der Pfandgläubiger, der innerhalb der Proclamsfrist sich nicht mel-

det, hat damit nur auf das ihm aus Artikel 11 zustehende Recht, den Uebergang des Eigenthums an dem Landgute auf einen Andern zu verhindern, Verzicht geleistet, keineswegs auf sein Pfandrecht, das als ein dingliches Recht an der Sache haftet. Sein Pfandrecht und das Eigenthumsrecht eines Andern können gar wohl neben einander bestehen: res transit cum suo iure, cum suo onere. — Man wird fragen, welchen Zweck denn überhaupt das Veräußerungsverbot des Artikel 11 habe, wenn man in der hier angegebenen Weise ihn auffaßt: denn gleichgiltig könne es ja dann dem Gläubiger sein, in wessen Hand die Sache sich befände, wenn er das ihm zustehende Pfandrecht jeder Zeit und gegen jeden Käufer geltend machen könne? Ich glaube, daß hier das Ritterrecht von einem sehr richtigen Tact geleitet worden ist. Das Pfandrecht gilt dem Gläubiger immer nur als eine accessorische und zwar dingliche Sicherheit. Die Hauptsache bleibt ihm das persönliche Vertrauen, das er zu der Rechtlichkeit und Zahlungsfähigkeit des Schuldners hat. Hebt nun gleich die weitere Veräußerung des Pfandes das ursprüngliche Obligationsverhältniß nicht auf, so kann es gleichwohl dem Gläubiger nicht ganz gleichgiltig sein, ob sich der Schuldner oder ein Dritter im Besitz des Pfandes befindet. Der Schuldner würde vielleicht eher z. B. aus Rücksicht auf seinen persönlichen Credit u. s. f. sich gescheut haben, es zur Veräußerung des Pfandes kommen zu lassen, als ein Dritter, der die Sache bereits mit Hypotheken belastet, also in der Voraussicht auf derartigen Erfolg, erworben, und dadurch

dem Gläubiger alle jene Weitläuftigkeit erspart werden, die nothwendig mit der Geltendmachung eines Pfandrechts verknüpft ist. Wenn nun in dieser Weise sich einerseits gar wohl erklärt, wie das R. und LR. zu dem absoluten Verbot der Veräußerung verpfändeter Sachen ohne Consens des Pfandgläubigers gekommen, so ist auf der andern Seite eben so begreiflich, wie das Römische Recht, den abstracten Gesichtspunkt des dem Schuldner trotz der Verpfändung verbleibenden Eigenthumsrechts festhaltend, demselben auch die weitere Veräußerungsbefugniß ohne Einwilligung des Pfandgläubigers einräumen konnte.

Gesetzt nun zweitens, die verpfändete, wiewohl ohne Wissen des Pfandgläubigers veräußerte Sache, ist eine bewegliche, z. B. Theil einer verpfändeten Gemäldegallerie, Bibliothek, Heerde u. s. f.

Auch hier würde durch den Verkauf kein Eigenthum auf den Käufer übergehen können, gleichviel übrigens ob die verpfändete Sache bisher sich in des Schuldners, oder als Faustpfand in des Gläubigers Besitz befunden. In jenem Falle nicht, weil der Art. 11 dem Eigenthumsübergang entgegenstehen würde, in diesem nicht, weil schon außerdem der Tradition der Sache, die, soll Eigenthum erworben werden, nothwendig zum Kaufcontract hinzutreten muß, nicht erfolgen konnte. Von selbst versteht sich, daß in beiden Fällen das Pfandrecht des Gläubigers ungeschmälert fortbesteht, und gegen den nur bonae fidei possessio erwerbenden Käufer der Sache, wie gegen jeden weiteren Besitzer, geltend gemacht werden kann. Dabei aber entsteht eine andere nicht unwichtige Frage: ob nämlich hier nicht eine Bestimmung des Römischen Rechts Platz greife, nach dessen Ansicht der Schuldner, der ohne Wissen des Pfandgläubigers die verpfändete Sache veräußert, sich eines Diebstahls schuldig macht und mit der actio furti belangt werden kann? [12])

---

12) L. 68. pr. D. de furtis (47, 2). Paulus — Si is, qui rem pignori dedit, vendiderit eam, quamvis dominus sit, furtum facit, sive eam tradiderat creditori, sive speciali pactione tantum obligaverat: idque Iulianus putat. — L. 19 § 6 eod. Ulpian — Furtum autem rei pigneratae dominus non tantum tunc facere vide-

Meines Erachtens findet diese Bestimmung für uns keine Anwendung. Denn abgesehen davon, daß zuförderst deren wirklich erfolgte Reception nachgewiesen werden müßte, würde die Präsumtion gegen die letztere streiten, sofern nämlich jene Satzung des Römischen Rechts auf der Annahme eines furtum possessionis beruht, das unserm Rechtsleben fremd ist.

Es liegt mir zum Schluß noch ob zu berichten, in welcher Weise gegenwärtig die Praxis in Esthland unsern Artikel deutet.[13]) Sie bezieht 1) denselben nur auf unbewegliches Vermögen, und nimmt an, daß ein bewegliches, dem Pfandgläubiger verschriebenes aber nicht zugleich abgeliefertes Pfand von dem Eigenthümer verkauft werden könne, eben weil es gar kein Pfand des Creditors werde, so lange derselbe es nicht in Händen hat. Diese letztere Argumentation dürfte indessen irrthümlich und im Widerspruch mit dem Esthländischen Ritter und Landrecht selbst sein. Denn wenn nach diesem der Vermiether eines Hauses ein stillschwigendes, keineswegs mit Besitz verbundes Pfandrecht an den invectis et illatis, der Verpächter eines Landgutes an den Früchten erhält, so wird man schwerlich die Möglichkeit einer Hypothek, z. B. am gesammten Mobiliarvermögen u. s. f. in Abrede stellen können. Findet aber eine solche Statt, so ist durchaus kein Grund vorhanden den Art. 11 auf dieselbe nicht anzuwenden. — 2) Selbst bei Immobilien wird dem fraglichen Artikel nur in sofern Anwendung

---

tur, quum possidenti sive tenenti creditori aufert, verum et si eo tempore abstulerit, quo non possidebat, ut puta, si rem pigneratam vendidit; nam et hic furtum eum facere constat: et ita et Iulianns scripsit. — Dabei braucht sich der Pfandgläubiger das, was er mit der Diebstahlsklage von dem Schuldner als Strafgeld eintreibt, natürlich auf seine ursprüngliche Forderung nicht abrechnen zu lassen: arg. L. 22. pr. D. de pigneratitia actione (13, 7). Ulpian — Sed quod ipse debitor furti actione praestitit creditori, vel condictione, an debito sit imputandum videamus? Et quidem non oportere id ei restitui, quod ipse ex furti actione praestitit, peraeque relatum est et traditum.

13) Die Mittheilung der hierauf bezüglichen Notizen verdanke ich der Güte meines geehrten Freundes, des Herrn Gouvernements-Procureurs Dr. J. Paucker in Reval.

gegeben, als danach beim Verkaufe von Landgütern und Landstücken der Consens derjenigen Creditoren, deren Hypothek gerichtlich corroborirt und ingrossirt worden, noch vor der Zuzeichnung des Immobile auf den Namen des Acquirenten, oder vor Ausfertigung der Krepost, sogleich beigebracht werden muß, während die übrigen hypothecarischen und alle andern Gläubiger solchen veräußerten unbeweglichen Vermögens erst nach erfolgter Krepost durch das gerichtlich über dasselbe zu erlassende Proclam zur Meldung aufgefordert werden, und falls sie sich nicht binnen der Proclamsfrist melden, völlig unberücksichtigt bleiben. — In Betreff der ingrossirten Pfandgläubiger stimme ich bei, daß deren Consens gleich bei dem Gesuch um Corroboration des Kaufvertrages beigebracht werden muß, widrigenfalls dasselbe nicht berücksichtigt werden darf. Andrer Ansicht aber bin ich aus den oben weiter ausgeführten Gründen rücksichtlich derjenigen hypothecarischen Pfandgläubiger, die ihr Pfandrecht weder ingrossiren ließen, noch innerhalb der Ploclamszeit sich gemeldet haben. — Früherhin hat man übrigens in Esthland dem Artikel 11 eine andre Deutung gegeben, indem man ihn, wahrscheinlich mit Bezugnahme auf den antichretischen Pfandcontract, auf den Fall beschränkte, da das verpfändete Immobile dem Gläubiger zugleich besitzlich eingeräumt worden. Dies erhellt aus der im Anfange des 18ten Jahrhunderts erfolgten Ueberarbeitung des Ritter- und Landrechts, bei welcher Gelegenheit die Revidenten unserm Artikel zu sichererm Verständniß, hinter den Worten „das einem Andern zu Pfande verschriebene“ die Worte „und zu wirklichem Possess übergebene Gut“ hinzuzufügen für nöthig erachteten; so wie sie auch in dem Nachfolgenden „hätte aber der Debitor das verschriebene und zum wirklichen Besitz versprochene Pfand“ ergänzen. — Einer näheren Kritik dieser beschränkten Deutung unsers Artikels bedarf es um so weniger, da die jetzige Praxis, wie oben erwähnt, dieselbe bereits aufgegeben hat.

IV.

Ueber die Verwandtschaft und Schwägerschaft, als Ehehinderniß.

Von Dr. F. G. v. Bunge.

A. Geschichtliche Einleitung.

§ 1.

Verwandtschaft und Schwägerschaft, als Ehehinderniß, vor der Reformation.

Daß in dem alten Livland — diese Benennung im weitesten Sinne genommen — seit dessen Germanisirung im 12. Jahrhundert bis zur Reformation in Beziehung auf das Ehehinderniß wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft die Grundsätze des Canonischen Rechts gegolten haben, würde man, bei der damaligen Stellung dieses Landes zu der abendländischen Kirche, ohnehin unbedingt annehmen dürfen. Wir haben aber auch ein ausdrückliches Zeugniß dafür in den Provincialstatuten des Rigischen Erzbischofs Henning Scharffenberg aus der ersten Hälfte des 15. Jahrhunderts [1]), in welchen in der angegebenen Beziehung ohne Weiteres auf das allgemeine Kirchenrecht verwiesen wird [2]). Was sich

1) Vergl. v. Bunge's Beiträge zur Kunde der Livländ. ꝛc. Rechtsquellen. S. 62 fg.

2) Tit. 30 (de matrimoniis et sponsalibus): „Rectores parochialium ecclesiarum — — sibi comparare debent Summulam Johannis

ebendaselbst speciell über das Ehehinderniß wegen der Quasiaffinität findet [3]), stimmt gleichfalls mit dem damaligen Canonischen Rechte überein [4]). Die Ehe war mithin wegen Blutsverwandtschaft, Schwägerschaft und Quasiaffinität in gerader Linie unbeschränkt, in der Seitenlinie bis zum vierten Grade Canonischen Computation einschließlich, verboten [5]). Das Canonische Ehehinderniß wegen geistlicher Verwandtschaft wird gleichfalls in den Livländischen Rechtsquellen bestätigt [6]), und daß nicht weniger wegen gesetzlicher Verwandtschaft das gemeine Recht gegolten habe, dürfte wohl kaum bezweifelt werden. — Eine Beschränkung der verbotenen Grade, oder vielmehr eine Dispensation von denselben, fand zwar gleich im Anfange der Germanisirung Livlands zu Gunsten der neubekehrten Landeseingebornen statt, jedoch nur hinsichtlich der von ihnen vor ihrer Bekehrung und Taufe bereits abgeschlossenen Ehen [7]); was eben daher nur

---

Andree super quarto libro decretalium — —, ut impedimenta, qu circa matrimonia occurrunt, melius cognoscantur etc."

3) Ebendas. „Si sponsus moritur, vel a sponsa recedit, vel sponsalia de praesenti contrahit cum alia, nullus de consanguinitate sponsi usque ad quartum gradum inclusive cum sponsa priori relicta vel derelicta contrahere debet et e contra sub pena excommunicationis propter impedimentum iuris quod dicitur publice honestatis iusticia."

4) C. 3, 4 u. 8. X. de sponsal. (IV, 1.)

5) K. F. Eichhorn's Grundsätze des Kirchenrechts. Bd. II. (Göttingen 1833. 8.) S. 389 fgg., 413 fg.

6) S. die oben angeführten Provincialstatuten Tit. 32.

7) Bulle Pabst Innocenz's III. an den Livländ. Bischof v. J. 1199, so weit sie hierher gehört, aufgenommen in C. 9. X. de divortiis. (IV, 19.)

transitorische Gültigkeit hatte, und auf die spätere Rechts- entwickelung von keinem Einfluß war.

§ 2.

Unmittelbarer Einfluß der Reformation auf diese Lehre.

In der ersten Zeit nach der Reformation wurde in Livland durch die bürgerliche Gesetzgebung — abgesehen etwa von der geistlichen Verwandtschaft, gegen welche sich bereits die Schmalkaldischen Artikel vom J. 1537 bestimmt erklärt hatten [8]) — in dieser Lehre nichts geändert. Zwar scheint man gleich im Anfange an der fortdauernden Gültigkeit des Canonischen Rechts in dieser Beziehung gezweifelt zu haben. Denn als auf dem Landtage vom Jahre 1532 die Verbindungen in verbotenen Graden zur Sprache kamen, wurde in dem von sämmtlichen Landesherren und Ständen am Dienstag nach Oculi jenes Jahres gefaßten Receß die Aufrechterhaltung der bisher darüber bei der „gemeinen Christenheit und im heil. Römischen Reiche" üblich gewesenen Grundsätze nur „bis zum nächsten Christlichen Concilium" beschlossen [9]). Allein in dem bald darauf erfolgten Land-

8) S. Libri symbolici ecclesiae Evangelicae, rec. C. A. Hase. (Lips. 1827. 12.) Vol. I. pag. 355.

9) Es heißt in der noch ungedruckten Urkunde (im Königsberger Ordensarchiv, Napiersky's Index corporis histor.-dipl. T. II. № 3043): „Dewile dan ock de vorbadenn ergerlicke twischen Bludesverwanten frunthschoppen, in vorbadenen gradenn dem olden loflicken bethergebrachten gebrucke gemeyner Christenheidt unnd

tagsschlusse vom 17. Janr. 1554 wurden dagegen — mit Beziehung auf frühere Landtagsrecesse und zu deren näherer Bestimmung — alle Ehen bis in den vierten Grad Canonischer Computation verboten [10]. Wie lange es hierbei blieb, ist schwer zu bestimmen. Jedenfalls schweigen über unsern Gegenstand sowohl die älteren Protestantischen Kirchenordnungen dieser Provinzen — welche es freilich fast ausschließlich mit dem äußeren Gottesdienste zu thun haben [11]) — als auch die bürgerliche Gesetzgebung bis in die erste Hälfte des siebenzehn-

---

ordenynge des hilligen Romischen Rikes entyegenn gebruket unnd vorgenomen. Szo wollen unnd gebedenn Wie sampt und besunder hirmit ernstlich, sich mennichlichs hoges ader nedderiges standes by vorlust der lennguder unnd des hogesten, byt tho dem negesten Christliken Concilio de sulvigenn gensliken entholden unnd darjegen etwas dadtlicks unnd freventlichs vortonemen myt nichte do verdristen."

10) Die Worte der Urkunde lauten nach der Copie in Hiärn's Collectaneen (vergl. Napiersky a. a. O. № 3550): „Und nachdehm etwa hiebevorzu aufgerichteten Recessen statlich versehen, daß Sich niemand in verbothen Grad verheyrathen soll und aber darwider allerley ärgerlicher Exempell einreißen, soll derselbe Receß wiederholet allenthalben und verneuert seyn, auch also verstanden werden, daß alle Verheyrahtungen biß in den 4ten Grad verbohten, und weill Sie darüber vorgenomen wurden, gestraffet werden sollen; und sollen die Grad der Bluts-Sipschafft nach beschriebenen Rechten Also daß Vater und Mutter der Stam, der erste Grad aber zwischen Bruder und Schwestern, der andere zwischen derselben Kinder und der dritte volgendß nach der Ordnunge gerechnet werden." Vergl. auch J. G. Arndt's Liefl. Chronik Th. II. S. 217.

11) Dies gilt sowohl von der für Riga von Joh. Brismann im J. 1530 abgefaßten Kirchenordnung, als von der Curländischen vom J. 1570, indem sich beide — besonders die erstere — fast nur auf Agenden beschränken.

ten Jahrhunderts. So wird z. B. in dem Hilchenschen Landrechtsentwurf für Livland vom J. 1599 die Lehre von den Ehehindernissen gar nicht berührt. In wieweit etwa die Praxis mit Hintansetzung des Canonischen Rechts mehr dem Mosaischen und Römischen Rechte gefolgt sei, muß für die hier in Rede stehende Zeit, wegen mangelnder Quellenzeugnisse, gleichfalls unentschieden gelassen werden [12]). Allein in den Landrechtsentwürfen, welche gegen die Mitte des siebenzehnten Jahrhunderts für Cur-, Liv- und Esthland verfaßt wurden, und einigermaßen für die Praxis ihrer Zeit ein Zeugniß ablegen können, finden wir die Canonischen Verbote bereits bedeutend beschränkt, und zwar mit theilweise ausdrücklicher Beziehung auf das Römische und Mosaische Recht.

§ 3.

Derschauscher Landrechtsentwurf für Curland und die übrige Curländische Gesetzgebung während der herzoglichen Regierung.

Der für das Herzogthum Curland vom dem Rath Christoph von Derschau verfaßte, im J. 1644 vollendete Landrechtsentwurf — der zwar nie Gesetzkraft erlangte, allein doch wohl die damaligen practischen Ansichten nachzuweisen vermag — weist bei Feststellung der Eheverbote wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft

12) Vgl. K. A. M. Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft (Hannover, 1802. 8.) S. 262—292.

zunächst im Allgemeinen auf die „göttlichen und Kayserlichen Rechte“, so wie auf die „natürliche Zucht und Ehrbarkeit“ hin [13]), und bestimmt sodann die einzelnen Verbote in nachstehender Weise:

„Undt wirdt Erstlichen keine Ehe zugelassen zwischen Elttern undt Kindern in der Rechten Linien, hinauff undt niederwerts zu rechnen; sie seyn Nahe oder Ferne einander verwandt [14]).“

„Von der Seitswerts Linien. 1. Persohnen, so von wegen der Bluhtfreundtschafft in der Seitwerts Linien (hinauffwerts zu rechnen) verbohten: 1) So soll der Sohn nicht nehmen des Vatters noch der Mutter Schwester; 2) des Gros-Vatters noch der Gros-Mutter Schwester; 3) des Gros-Vatters Vatter-Schwester, noch der Gros-Mutter Mutter-Schwester, undt dieses ist auch von der Tochter undt Ihrer Eltern Brüder zu verstehen. — 2. In der Seitwerts Linien (hinunterwerts zu rechnen) zu Ehelichen verbohten, der Bruder mit seines Brudern oder Schwester Tochter, dero Tochter Tochter, noch dero Tochter Tochter Tochter. Imgleichen die Schwester mit Ihres Brudern Sohn, oder Schwester Sohn, oder Sohnes Sohn, noch Sohnes Sohnes Sohn. — 3. Sindt auch Sich mit einander zu Ehelichen verbohten Bruder vndt Schwester vndt dero Kinder [15]).“

---

13) Derschausches Landrecht Theil II. B. 1. Cl. 1. Tit. 2. Art. 1.
14) Ebendas.
15) Das. Art. 2.

„Von Persohnen undt graden, so von wegen der Schwägerschafft zu Ehelichen verbohten. 1. Hinauffwerts zu rechnen in der rechten Linie der Schwägerschafft ist dem Sohn verbohten, zur Ehe zu nehmen: erstlichen seine oder seiner Frawen Stieff-Mutter, Schwiegermutter; seines Vatters Braut, seiner Braut Mutter. Jmgleichen 2) seiner Stieff-Mutter Mutter, seines Stieff-Vatters Mutter, seiner Frawen Gros-Mutter, seines Vattern oder Mutter Stieff-Mutter, und so fortan, welches Ebenmäßig auch von der Tochter und Jhren Stieff-Vatter, undt so weitter zu verstehen ist. — 2. So seyndt auch wegen der Schwägerschafft in der rechten Linien (hinunterwerts zu rechnen) zu Ehelichen verbohten, der Vatter oder Stieff-Vatter soll nicht nehmen die Stieff-Tochter, des Stieff-Sohns Weib, die Schnur, daß ist seines Sohnes Weib, des Sohnes verlobte Brautt, der Stieff-Tochter oder des Stieff-Sohns Tochter, des Sohnes-Sohns oder seiner Tochter Sohns Weib, und so folgendes hinunterwerts, So da auff die Stieff-Mutter und Mutter gleicher Gestaldt zu ziehen. — 3. Persohnen so wegen der Schwägerschafft (in der Seitwerts Linien) verbohten, als hinauffwerts, soll der Bruder nicht nehmen seines Weibes Mutter oder Vattern Schwester, seiner Mutter oder Vatters oder Gros-Vatters Brudern Wittwe, seines Weibes Schwester, seines Bruders oder Schwestern Sohnes Weib, seines Weibes Bruders oder Schwester Tochter.

Undt welches allhier vonn Brüdern gesetzet, auch in seiner Weise von den Schwestern zu verstehen [16])."

Wir finden in diesen Bestimmungen zwar die Eheverbote des Canonischen Rechts bedeutend beschränkt; allein auf der anderen Seite sind sie weit ausgedehnter als die des Römischen, und vollends des Mosaischen Rechts, auf welche doch im Eingange verwiesen wird. Im Vergleich zu dem Römischen Recht namentlich findet eine doppelte Ausdehnung statt: nämlich 1) wegen Blutsverwandtschaft auf die Geschwisterkinder und 2) wegen der Schwägerschaft, wenigstens in gerader Linie, a) auf die sog. mittelbare Schwägerschaft, d. h. unter den beiderseitigen Blutsverwandten zweier Ehegatten und b) auf die zweite Gattung der Affinität. Ja es lassen die Schlußworte: „und so fortan", „und so folgendes" im dritten Artikel eine Ausdehnung der Eheverbote in gerader Linie der Schwägerschaft auch auf die entfernteren genera affinitatis, ganz unbegränzt, zu. Auffallend ist es dagegen, daß in der Seitenlinie der Schwägerschaft nur so wenige verbotene Fälle aufgezählt werden, und daß namentlich des Verbotes der Ehe mit des Bruders Wittwe gar nicht gedacht wird, während doch die Ehe mit der Wittwe des Bruders- oder Schwestersohnes untersagt wird. Zu der Annahme, daß diese Weglassung eine absichtliche sei, ist kein Grund vorhanden; sie mag daher wohl nur der Flüchtigkeit des Com-

16) Das. Art. 3.

pilators beizumessen sein [17]). — Uebrigens verdient hier noch bemerkt zu werden, daß von Dispensationen von diesen Eheverboten im Derschauschen Landrecht nirgends die Rede ist.

Daß diese Grundsätze, zumal sie im Wesentlichen mit den derzeitigen gemeinrechtlichen Ansichten im Wesentlichen übereinstimmen, in Curland wirklich practisch gewesen sind, darf nicht bezweifelt werden. Wenigstens für eines der das Römische und Mosaische Recht überschreitenden Verbote finden wir auch einen Beleg in der Curländischen herzoglichen Gesetzgebung, welche im Uebrigen, so weit es das Privatrecht betrifft, bekanntlich sehr dürftig ist, und sich meist auf das gemeine Recht gründet. Die einzige gesetzliche Bestimmung über unsern Gegenstand aus der herzoglichen Regierungszeit ist in dem Landtagsabschiede vom 14. März 1669 § 6 [18]) enthalten, worin es heißt:

---

17) Es darf hier übrigens nicht unerwähnt bleiben, daß in der uns vorliegenden Abschrift des Derschauschen Landrechtsentwurfs zwischen dem angeführten Art. 3 (mit welchem eine Columne schließt) und dem folgenden Art. 4 („Wie vollzogene Verlöbnisse Jemanden die Ehe verhindern") eine Lücke von mehreren Zeilen sich findet. Dies dürfte der Vermuthung Raum geben, daß unsere Handschrift an diesem Orte unvollständig ist.

18) C. G. v. Ziegenhorn's Staatsrecht der Herzogthümer Curland und Semgallen. Beil. 201. S. 239. — Vgl. auch L. F. Richter's Versuch einer Zusammenstellung der Allerhöchsten Ukasen, Regierungs- und Consistorial-Verordnungen, in Bezug auf die Amtsverhältnisse Lutherischer Prediger Curlands. Mit Parallelstellen früherer Landesgesetze und Anmerkungen aus dem auf die Protestantischen Kirchen Deutschlands angewandten Canonischen Rechte. (Mitau 1830. 8.) § 38.

„Wenn ohne Unsere Dispensation in secundo consanguinitatis gradu einige heyrathen und sich copuliren lassen werden, dieselben sollen mit ernster Strafe beleget werden."

Es kann wohl kein Zweifel darüber obwalten, daß dies auf die Blutsverwandtschaft in der Seitenlinie, und zwar zunächst in der gleichen Seitenlinie, also auf Ehen zwischen Geschwisterkindern, geht; selbst die Ausdehnung auf die ungleiche Seitenlinie der Blutsfreundschaft ist bedenklich, und vollends die auf die Schwägerschaft unzulässig. Allein es verräth auch schon die ganze Fassung des Gesetzes, daß es, weit entfernt, den Gegenstand erschöpfen zu wollen, bloß den Zweck hatte, einem einzelnen Mißbrauche zu steuern. Indem es also offenbar bereits bestehende Grundsätze über die betreffenden Eheverbote voraussetzt, schärft es nur ein, daß in dem dispensablen Falle die vorgängige Einholung der Dispensation nicht versäumt werde. Jene Grundsätze waren aber ohne Zweifel keine anderen, als die — auch von Derschau zu Grunde gelegten — des damaligen gemeinen Protestantischen Kirchenrechts. Dabei bleibt es denn auch bis zum Ende der herzoglichen Regierung. Zwar wurde im Jahre 1754 eine verbesserte Kirchenordnung für Curland entworfen; allein dieselbe hat einestheils keine Bestätigung und daher nie Gesetzeskraft erhalten [19]), anderentheils giebt sie in Beziehung auf

19) Vgl. darüber die Reversalien des Herzogs Carl vom 25. Octbr. 1759. Art. 3.

unsere Lehre wenig Aufschluß. Von der Ehe ist im 16ten Hauptstück derselben die Rede, und gleich der erste Paragraph handelt von den verbotenen Graden, ist aber gerade lückenhaft, — wenigstens in der uns vorliegenden Handschrift des Entwurfs. Es heißt nämlich daselbst — nachdem dem Prediger zur Pflicht gemacht worden, vor der Copulation wegen der Verwandtschaft Nachfrage zu thun: „Die verbotenen Grade der Ehe mus er sich aus dem Mosaischen sowohl (3 Buch Moses XVIII und XX), als auch aus den Fürstlichen Landesgesezzen bekannt machen: wie aus folgendem Verzeichnisse zu ersehen." Statt des „Verzeichnisses" folgen jedoch 1½ leere Quartseiten, und im nächsten § 2 ist vom Aufgebot die Rede.

§ 4.

Grundsätze des Esthländischen Ritter- und Landrechts.

Das im J. 1648 abgefaßte Esthländische Ritter- und Landrecht verbot die Ehen

1) wegen **Blutsfreundschaft** in gerader Linie in's Unendliche, in der gleichen Seitenlinie bis zum zweiten Grade Canonischer Computation einschließlich; in der ungleichen Seitenlinie werden alle Ehen bis zum dritten Grade einschließlich, aber auch in ferneren Graden in allen Fällen verboten, wo der sog. respectus parentelae stattfindet [20]).

---

20) R. u. LR. B. II. Tit. 2. Art. 10. Die Artt. 1—9 geben sehr ausführliche Anleitung zur Berechnung der Verwandtschafts-

Daß es bei der Blutsfreundschaft nicht auf den Unterschied zwischen voller und halber, noch zwischen ehelicher und unehelicher Geburt ankomme, wird ausdrücklich bestimmt [21]), und am Schlusse aller dieser Bestimmungen auf Levit. XVIII verwiesen, wo freilich lange nicht so weit gegangen wird. Von Dispensationen ist übrigens so wenig hier, als bei irgend einem anderen Ehehindernisse im R. u. LR. die Rede.

2) Hinsichtlich der Schwägerschaft geht das R. u. LR. von dem schon im älteren Canonischen Rechte [22]) aufgestellten Princip aus, daß „nach Gottes Wort Mann und Weib durch die Ehe ein Leib und ein Fleisch, und daher zugleich des einen Theils Blutsfreunde dem andern beschwägert werden“ [23]), und baut darauf die

„Erste Regul: Alle Blutsfreunde des Mannes seynd seiner Frauen beschwägert dergestalt: in welchem Grad der Blutsfreundschaft sie dem Manne verwandt seyn, in selbigem Grade seyn sie auch der Frauen mit Schwägerschaft“, — und die

„Andere Regul: Wie weit demnach die Ehe in der Blutsfreundschaft verbothen ist, so weit erstrecket sich auch das Verboth in der Schwägerschaft“ [24]).

---

grade nach Canonischem Recht. — Die Fälle, in denen respectus parentelae vorkommt, werden nicht allgemein, sondern durch Beispiele ausgedrückt, mit der Bemerkung: „denn diese — — Personen werden anstatt Vater und Mutter geachtet“.

21) Ebendas. Art. 11.

22) Can. 14. Causa 35. Qu. 2. 3. Eichhorn a. a. O. S. 410 fg.

23) R. u. LR. B. II. Tit. 3. Art. 2.

24) Das. Art. 3. Regul 1 u. 2.

Obschon das R. u. LR. auf diese Weise bloß die eigentliche Schwägerschaft (affinitas primi generis) als Ehehinderniß anerkennt, so bleibt es sich darin doch nicht consequent, indem es in dem langen Verzeichniß von Fällen, welche als „Exempel verbothener Ehe" aufgeführt werden [25]), auch eine Reihe solcher benennt, welche offenbar zur affinitas secundi und tertii generis gehören, als namentlich: die Ehe mit der Stiefmutter der verstorbenen Frau, mit dem Stiefvater des verstorbenen Mannes, mit der Stieftochter der gewesenen Ehefrau, dem Stiefsohne des gewesenen Ehemannes, des Stiefsohns Tochter Tochtermann u. dgl. m. Ja selbst aus der sog. mittelbaren Schwägerschaft, — wiewohl dies Verhältniß als Ehehinderniß im Allgemeinen ausdrücklich verworfen wird [26]) — finden sich unter den „Exempeln" einige Verbote, z. B. die Ehe mit der Mutter oder Großmutter des Stiefsohns oder der Stiefmutter, mit dem Vater oder Großvater des Stiefvaters

25) R. u. LR. a. a. O. Art. 3. Regul 3 u. 4.

26) R. u. LR. a. a. O. Art. 4: „Endlich ist ins gemein zu merken, daß die Schwägerschaft sich nicht weiter erstrecket, als auf eine von denen Personen, die sich mit einander verehelichet oder verlobet haben, also daß des Mannes Freunde allein seiner Frauen und der Frauen Freunde allein dem Manne, so viel das Verboth der Verheirathung betrifft, beschwägert seyn; nicht aber seyn des Mannes Freunde seiner Frauen Freunden, noch der Frauen Freunde des Mannes Freunden dergestalt beschwägert, daß dieselben sich unter einander nicht befreyen dürfen ꝛc." Verwiesen wird dabei auf Carpzow's Practica rerum crimin. Quaest. 73. №. 5.

oder der Stiefmutter u. dgl. [27]). Quellenbelege — wie sie sich sonst im R. u. LR. bei jedem Artikel der Regel nach angegeben finden — führt dasselbe für diese „Exempel" nicht an, sondern scheint sie bloß aus der „anderen Regul" zu folgern. Als Grund dieser Verbote wird übrigens wiederholt der respectus parentelae angeführt." — Das Römische Recht dehnt zwar auch die Eheverbote auf die affinitas secundi generis, allein ausschließlich in zwei benannten Fällen, aus [28]); im Canonischen Rechte waren alle älteren Verbote wegen affinitatis secundi etc. generis schon durch Innocenz III. aufgehoben worden [29]); das Mosaische Recht hatte sie nie gekannt. Unser R. u. LR. geht hier also — freilich nicht ohne Widerspruch mit sich selbst — weiter als irgend eine der demselben zu Grunde liegenden Gesetzgebungen [30]). — Uebrigens läßt das R. u. LR. auf Grundlage des Römischen Rechts [31]) die Schwägerschaft nur aus einer wirklichen ehelichen Verbindung, mithin nicht

27) Mehrere außerdem im R. u. LR. a. a. O. aufgeführte Fälle drücken nur mit anderen Worten dasselbe Verhältniß aus: so fällt z. B. das Verbot der Ehe mit des Stiefsohns Wittwe und mit der Stieftochter Wittwer zusammen mit dem Verbot der Verehelichung mit der Stiefmutter der verstorbenen Frau und mit dem Stiefvater des verstorbenen Mannes rc.

28) Nämlich in den in der Anm. 27 angeführten. Fr. 15 D. de ritu nuptiarum. (23, 2.)

29) C. 8 X. de consang. et affin. (3, 14)

30) Uebrigens finden sich dergleichen Ausdehnungen auch in anderen Protestantischen Kirchenordnungen des 16. u. 17. Jahrhunderts. S. Schlegel a. a. O. S. 396 fgg. und 418 fgg. und vergl. unten § 5.

31) Angeführt wird ausdrücklich Fr. 4 § 3 D. de grad. et affin.

auch aus einem außerehelichen Beischlafe, entstehen [32]). Dagegen betrachtet es

3) auch die durch ein bloßes Verlöbniß begründete Quasi-Affinität, und zwar, wie es scheint, in demselben Umfange, wie die eigentliche Schwägerschaft, als Ehehinderniß. Es heißt in dieser Beziehung [33]):

„Wenn die Ehe durch öffentliche Christliche Verlöbniß ist bestätigt worden, so ist solches zu verbothener Ehe in Schwägerschaft genug, obgleich die Hochzeit, Kirchen-Copulation und Beylager nicht darauf erfolget, sondern ein Theil vor der Hochzeit mit dem Tode übereilet worden ist."

Wenn daher unmittelbar nach diesen Worten weiter gesagt wird: „Dahero soll nicht nehmen: der Vater seines verstorbenen Sohnes verlobte Braut, die Mutter ihrer verstorbenen Tochter verlobten Bräutigam" und so ferner nur noch sieben specielle Fälle [34]) aufgeführt werden, so können diese nicht als ausschließende oder beschränkende Folgerungen aus jenem allgemeinen

---

32) R. u. LR. B. II. Tit. 3 Art. 1: „Aus ordentlicher Verehelichung zweyer Personen von unterschiedenen Familien entstehet zwischen des Mannes und der Frauen Freunden eine Schwägerschaft."

33) Das. Art. 3. Regul 5.

34) Namentlich die Ehe mit der Braut des Vaters und des Bruders, dem Bräutigam der Mutter und der Schwester, mit der Mutter und der Schwester der Braut und mit dem Vater des Bräutigams. Daß diese Fälle nicht erschöpfen sollen, sieht man schon aus der fehlenden Angabe der Ehe mit dem Bruder des Bräutigams, da sie doch der ausdrücklich genannten mit der Schwester der Braut entspricht.

Satze, sondern wohl eben auch nur als „Exempel“ von verbotenen Ehen wegen Quasiaffinität betrachtet werden. Uebrigens werden einige dieser Fälle auch schon vorher, unter der „dritten Regul“ unter den Exempeln der eigentlichen Schwägerschaft, aufgeführt [35]).

4) Von der gesetzlichen Verwandtschaft (durch Adoption) ist im R. u. LR. ebensowenig die Rede, als von der geistlichen.

§ 5.

Mengdenscher Landrechtsentwurf für Livland und Verhältniß der drei Entwürfe zu einander.

Mit denen des Esthländischen Ritter- und Landrechts vollkommen übereinstimmende Grundsätze über unsern Gegenstand finden wir auch in dem nur um wenige Jahre früher (1643) von Engelbrecht von Mengden für Livland verfaßten Landrechtsentwurfe [36]). Die Uebereinstimmung geht selbst in den Details so weit, daß in beiden die einzelnen Beispiele fast in derselben Ordnung aufgeführt werden. Wenn dessen ungeachtet sich durchaus nicht nachweisen läßt, daß der Mengden'sche Entwurf den Compilatoren des Esthländischen unmittelbar vorgelegen habe, so muß man annehmen, daß beide Entwürfe aus einer gemeinschaftlichen Quelle schöpften. Es liegt die Vermuthung ziemlich nah, daß diese gemeinschaftliche

---

35) Auch im Art. 4 a. a. O. (s. oben Anm. 26) werden beide Arten der Affinität einander ganz gleichgestellt.

36) B. II. Tit. 15. § 15 – 31.

Quelle ein Werkchen gewesen, welches Schlegel[37]) unter dem Titel: „Ausführlicher Unterricht über die verbotenen Grade in der Blutsfreundschaft und Schwägerschaft" anführt und genauer beschreibt. Diese Schrift wurde zuerst im J. 1548 für das Stift Merseburg herausgegeben, und ist dann in die Chursächsische Kirchenordnung und aus dieser in viele andere Protestantische Kirchenordnungen übergegangen. Die von Schlegel aus dieser Schrift mitgetheilten Proben stimmen nun zwar zum Theil wörtlich mit dem Mengden'schen Landrechtsentwurf überein. Allein der Umstand, daß in dem „ausführlichen Unterricht", nach Schlegel's Zeugnisse[38]), von den Verboten wegen affinitas secundi generis nur die bereits dem Römischen Rechte bekannten beiden Fälle[39]) vorkommen, während unsere beiden Entwürfe dieses Ehehinderniß so viel weiter ausdehnen, läßt wiederum daran zweifeln, daß deren Verfasser unmittelbar jenen „Unterricht" benutzt haben. Es bleibt mithin nur die Annahme übrig, daß die gemeinsame Quelle unserer beiden Entwürfe eine der vielen Protestantischen Kirchenordnungen gewesen sei, welche — im Uebrigen auf den „ausführlichen Unterricht" sich stützend — eben dergleichen

---

37) a. a. O. S. 300 fgg.

38) ebendas. S. 398 fg. S. auch S. 409 Anm. 103. Die Eheverbote in der sog. mittelbaren Schwägerschaft sind auch dem „ausführlichen Unterricht" bekannt. Schlegel a. a. O. S. 418.

39) S. oben Anm. 27.

Erweiterungen der genannten Eheverbote enthalten, als unsere Entwürfe [40]).

Jedenfalls dürfen wir indeß voraussetzen, daß bei der Abfassung dieser Entwürfe das zu jener Zeit in den Provinzen practische Recht die Grundlage gebildet habe, und das um so mehr, als mit diesen beiden Entwürfen auch der Derschau'sche für Curland (§ 3) zwar nicht so ganz vollkommen, allein doch im Wesentlichen übereinstimmt [41]), ohne daß man bei ihm die Benutzung derselben geschriebenen Quelle, wie bei den anderen beiden Entwürfen, voraussetzen kann. Wenn sich nun aber auch nicht nachweisen läßt, daß die drei Entwürfe von einander gegenseitig benutzt worden sind, so können wir vollends — bei ihrer dennoch vorhandenen, so auffallenden Uebereinstimmung — über die practische Ansicht, welche in Betreff des Ehehindernisses wegen Verwandt-

---

40) Schlegel a. a. O. S. 396 fgg. Im Esthländischen R. u. LR. wird zwar Carpzow's Practica rerum criminalium an ein Paar Stellen als Quelle citirt; allein dies Werk kann unmöglich die unmittelbare, noch weniger die einzige Quelle gewesen sein, da sich darin keinesweges eine so zusammenhängende und ausführliche Darstellung der verbotenen Grade findet. Auch wäre dann die Uebereinstimmung mit dem älteren Mengden'schen Entwurfe unerklärlich.

41) Die wesentlichen Unterschiede sind, daß das Derschau'sche Landrecht 1) das Verbot der Ehe in dem dritten Grade der ungleichen Seitenlinie der Blutsverwandtschaft nicht enthält und 2) ebensowenig den allgemeinen Grundsatz kennt, daß in der Schwägerschaft die Ehe ebenso weit, als in der Blutsfreundschaft verboten sei; daher in der Seitenlinie der Schwägerschaft der Derschau'sche Entwurf nicht so weit geht, als die beiden anderen Entwürfe. Vergl. übrigens oben § 3. Anm. 17.

schaft und Schwägerschaft in allen drei Provinzen in der Mitte des 17. Jahrhunderts geherrscht hat, keinesweges im Zweifel sein.

In Esthland begann man den Entwurf des Ritter- und Landrechts — ohne dessen höhere Bestätigung abzuwarten — sogleich practisch anzuwenden, und hat dabei bis auf die neueste Zeit beharrt, so daß derselbe eine usuelle Sanction erhalten hat [42]). Ein anderes Schicksal hatten dagegen die beiden anderen Entwürfe. Die Bestätigung des Derschau'schen für Curland wurde aufgeschoben bis zu dessen Revision durch die Städte [43]), welche aber nie erfolgte, daher denn auch der Entwurf nie practisches Ansehen erlangte [44]). Das v. Mengden'sche Werk endlich kam in Livland gar bald in Vergessenheit [45]), und es erhielt in dieser Provinz — wie in so manchen anderen Lehren — so auch in der unsrigen, das Schwedische Recht einen sehr wesentlichen Einfluß.

§ 6.

Schwedische Gesetzgebung.

Schon bald nach der Reformation fing die bürgerliche Gesetzgebung in Schweden an, sich mit Feststellung

42) v. Bunge's Liv- u. Esthl. Privatrecht § 10. J. Paucker in den Dorpater Jahrbüchern Bd. I. S. 410 fgg.

43) Responsum regium vom 12 Febr. 1649.

44) Vergl. v. Ziegenhorn's Staatsrecht § 128 u. 144. J. C. Schwartz's Bibliothek Curländischer und Piltenscher Staatsschriften S. 25.

45) J. C. Schwartz in Hupel's neuen nord. Miscellan. Stck. 5 u. 6. S. 210 fg., 214 fg.

von Grundsätzen über verbotene Grade zu beschäftigen; jedoch enthalten die älteren hierher gehörigen Gesetze[46]) nicht sowohl Bestimmungen über Ehehindernisse wegen Verwandtschaft, als vielmehr über den Incest. Abgesehen von ein Paar Königlichen Entscheidungen über einzelne Fälle, ist das erste allgemeine Gesetz über Ehehindernisse als solche, ein offener Brief, den König Carl XI. unmittelbar nach erlangter Großjährigkeit und selbstständigem Antritt der Regierung, am 1. März 1678 erließ[47]), und welcher in getreuer Uebersetzung so lautet:

„Thun kund, daß, wie eine gewisse schriftlich verfaßte Ordnung nicht allein in allen Dingen nützlich ist, sondern auch vornehmlich in solchen Sachen erfordert wird, nach welchen Andere ihr Leben einrichten sollen: so haben Wir, in Betracht dessen, daß die Ordnungen, welche in Unserem Reiche vor diesem in Betreff der Verwandtschaftsgrade, in welchen die Eingehung einer Ehe verboten sein soll, bestanden haben, daniederliegen, und in der Länge der Zeit nicht bei ihrer Kraft und Stärke erhalten worden sind, es für dienlich erachtet, mit Rath Unserer

46) Die ältesten Bestimmungen über den Incest finden sich in der im J. 1528 zu Westerås gegebenen Königl. Stadga (Statut), in J. Schmedemann's Gesetzsammlung (in Schwedischer Sprache) S. 1 fgg.

47) Schmedemann a. a. O. S. 702 — J. Loccenius (synopsis iuris privati ad Leges Sueranas accommodata. Ed. III. Gothob. 1673. 12. pag. 71 sq.) bezeugt, daß bereits durch ein Gutachten der Schwedischen Bischöfe vom J. 1643 die Ehe unter Geschwisterkindern für unzulässig erklärt worden sei.

getreuen Reichsräthe, alle vor diesem hierüber erlassenen Gesetze hierdurch zu erneuern und zu befestigen, so daß von diesem Tage an jede Ehe zwischen Geschwisterkindern, welches der secundus gradus lineae aequalis ist, durchaus verboten, und nicht gestattet sein soll, in demselben irgend ein Ehebündniß zu schließen; dagegen soll die Eingehung einer Christlichen Ehe unter Kindern von Geschwisterkindern, oder im tertius gradus lineae aequalis, ganz frei und zulässig sein, so daß dazu die Nachsuchung irgend einer weiteren Dispensation gar nicht erforderlich sein soll."

Merkwürdig ist es, daß schon am 30. Decbr. 1680, ohne irgend eine Hindeutung auf dieses Gesetz, eine neue allgemeine „Königliche Verordnung und Stadga" erschien [48]), welche, nach einer ähnlichen Einleitung, wie jenes, dieselben Bestimmungen enthält, überdies aber noch hinzufügt:

„Sollte es sich aber zutragen, daß zwei Geschwisterkinder sich zur Ehe begehren, so sollen sie Uns zuvor um Unsere Genehmigung hierzu angehen; und behalten Wir Uns alsdann vor, nach genauer Erwägung der Umstände, darin allein dispensiren zu wollen."

Auf Grundlage dieser Gesetze enthält denn auch die Schwedische Kirchenordnung vom 3. Sptbr. 1686 — während sie von den übrigen Ehehindernissen ausführli-

48) Schmedemann S. 724. Vergl. auch Not. g pag. 23 ff.

cher handelt, — hinsichtlich des hier in Rede stehenden nur das Verbot der Ehe zwischen Geschwisterkindern, und zwar ohne der Dispensation zu gedenken [49]).

Hiermit ist denn aber auch die Reihe der dispositiven Gesetze über unsern Gegenstand für eine geraume Zeit abgeschlossen, denn die übrigen zahlreichen Ausflüsse der Königlich-Schwedischen Gesetzgebung darüber sind nur gelegentliche Entscheidnngen über einzelne zweifelhafte Fragen, welche in vorkommenden Fällen von verschiedenen Dicasterien dem Könige vorgelegt wurden. Diese einzelnen Resolutionen stützen sich theils auf die vorerwähnten allgemeinen Gesetze, welche darnach nicht bloß von Blutsverwandtschaft, sondern auch von der Schwägerschaft zu verstehen sind, theils auf das Mosaische Recht, und zwar namentlich auf Levit. 18. [50]), wie denn das Mosaische Recht überhaupt auf die Schwedische Gesetzgebung von bedeutendem Einfluß gewesen ist [51]). Allein in der Anwendung dieser allgemeinen Gesetze auf einzelne Fälle, namentlich in Beziehung auf Eheverbote wegen Schwägerschaft, findet sich auch hier eine Unsicherheit und ein Schwanken, das sonst der Schwedi-

49) Schwed. KO. Cap. 15 § 9: „Wir wollen auch umb guter Ordnung und anderer erheblichen Ursachen willen, die Heyrathen zwischen Geschwister-Kinder, sowohl hinführo als bishero, vor Unsere Unterthanen verbotten haben.“

50) S. z. B. die Königl. Resolution vom 23. Juni 1615, die Kriegsartikel v. J. 1683 Tit. 16 Art. 95, den Königl. Brief v. 22. Novbr. 1687. Not. d pag. 91 LL. u. a. m.

51) Vgl. v. Bunge's Privatrecht, § 15, bes. Anm. b und d. S. auch unten Anm. 54 a. E.

schen Gesetzgebung jener Zeit fremd ist. Ja es scheint der im Uebrigen in legislativer Hinsicht so sehr thätige König Carl XI. sich vor der Feststellung eines allgemeinen durchgreifenden Princips in unserer Lehre geradezu gescheut zu haben, indem er, auf die betreffende wiederholte Anfrage des Schwedischen Hofgerichts, verordnet, es solle jeder einzelne Fall der Art ihm speciell zur Entscheidung vorgelegt werden, bis die Commission, welche derzeit mit dem Entwurf eines neuen Gesetzbuches beschäftigt war, den Gegenstand erwogen und entschieden haben würde [52]). Hierzu kam es erst 1734, also mehrere Jahre nach der Trennung Liv- und Esthlands vom Schwedischen Reiche, aber noch kurz vor dieser, am 3. Novbr. 1703, erließ Carl XII. eine allgemeine Verordnung, durch welche alle Ehen in gerader Linie der Schwägerschaft, ohne Rücksicht auf die verschiedenen Gattungen der letzteren, verboten wurden. [53])

Da Liv- und Esthland im J. 1710 unter Russische Herrschaft gelangten, so haben nur die bis dahin erlassenen Schwedischen Gesetze für uns Interesse, und auf sie beschränkt sich daher auch die nachstehende Darstellung [54]). Uebrigens sind dabei nicht nur diejenigen Ge-

---

52) Königl. Brief v. 25. April 1689 bei Schmedemann S. 1237.

53) Livländ. Landesordn. S. 746 und v. Buddenbrock's Sammlung der Gesetze. Bd. II. S. 1574. S. unten S. 125.

54) Da es an einer vollständigen Sammlung Schwedischer Gesetze aus diesem Zeitraume fehlt, so sind in der folgenden Darstellung, außer der schon angeführten Schmedemann'schen und den übrigen in Livland gebräuchlichen Sammlungen (s. v. Bunge's

setze berücksichtigt, welche es direct mit den Eheverboten zu thun haben, sondern zu deren Ergänzung auch die den Incest und dessen Bestrafung betreffenden Verordnungen. Es ergiebt sich nämlich aus der Vergleichung der über Eheverbote und über den Incest bestehenden Gesetze, daß in mehreren Fällen, wo ein indispensables Ehehinderniß besteht, das Schwedische Recht den Incest mit Todesstrafe belegt; in solchen dagegen, wo Dispensation zulässig ist, wird der Incest mit einer Geldstrafe

Privatrecht § 8), zu deren Ergänzung noch folgende Werke benutzt worden, in welchen sich Auszüge aus derzeitigen Schwedischen Rechtsquellen finden: 1) eine neuere Ausgabe des Schwedischen Landlags von P. Abrahamson. Stockholm 1726. 4., mit weit ausführlicheren Nachträgen, als in den Noten der der Deutschen Uebersetzung zum Grunde liegenden Edition. Hier handelt die ausführliche Note c zum Cap. 4 von Ehesachen S. 273—277 von Eheverboten wegen Verwandtschaft rc. — 2) S. Wilskman's Swea Rikes ecclesiastique Werk. 2 Bde. Derebro 1781 u. 82. 4. Hier findet sich das unsern Gegenstand Betreffende unter der Rubrik Äktenskap (Ehe) im Bd. I. S. 739 fgg. zusammengestellt; zugleich wird auch ein Auszug aus Abrahamson's Darstellung gegeben. Im zweiten Bande (S. 1281 fgg.) sind unter derselben Rubrik nur neuere Verordnungen, die für uns kein practisches Interesse haben, benutzt. — Von geringerer Bedeutung sind die Schriften zweier anderen Schwedischen Rechtsgelehrten, da sie vor der Zeit erschienen, wo die Schwedische Gesetzgebung in Beziehung auf unsern Gegenstand thätiger wurde. J. Loccenius (s. oben Anm. 47) stützt sich hier daher fast ausschließlich auf das Mosaische Recht. C. Rålamb behandelt in seinen observationes iuris practicae (2te Aufl. Stockholm 1679. 4) B. III. Cap. 7. Abh. 6 unsere Lehre zwar sehr ausführlich; schöpft jedoch nur aus dem „göttlichen und natürlichen Recht", zur Begründung des ersteren auf die Bücher Mosis, des letzteren aber auf das Römische Recht sich gründend, welches derzeit in Schweden zwar nicht als ius scriptum galt, wohl aber als raison écrite berücksichtigt wurde.

von 80 Thlr. S.-M. gebüßt [55]). Man muß daher auch in allen übrigen Fällen, wo gesetzlich eine Blutschande angenommen wird, ein indirectes Eheverbot voraussetzen, und zwar je nachdem erstere mit Gelde oder mit dem Tode gebüßt wird, bei letzterem die Dispensation für zulässig oder unzulässig halten.

§ 7.

Einzelne Eheverbote der Schwedischen Gesetzgebung.

Die einzelnen Eheverbote des Schwedischen Rechts sind demnächst folgende:

I. **Wegen Blutsfreundschaft** in gerader Linie findet sich kein directes Verbot, weil solches aus dem Mosaischen Rechte vorausgesetzt wird [56]). In der gleichen Seitenlinie ist das Verbot bis auf den zweiten Grad incl. beschränkt, so daß Ehen in entfernteren Graden ohne Weiteres [57]), aber auch zwischen Geschwisterkindern mit Königlicher Dispensation zulässig sind [58]). In der un-

---

55) S. überhaupt unten § 7, bes. am Ende.

56) Vergl. die Königl. Resol. v. 23. Juni 1615 (oben § 6 Anm. 50). Die Westerås-Stadga v. 1582 (oben § 6 Anm. 46) Art. 12 setzt auf Blutschande mit der Mutter die Strafe des Feuertodes. S. überh. Not. d pag. 91 LL.

57) Königl. Brief v. 1. März 1678, Königl. Verordn. v. 30. Decbr. 1680. Kgl. KO. v. 3. Sptbr. 1686. Cap. 15 § 9. Not. g pag. 82 LL. S. überhaupt oben § 6.

58) Königl. Verordn. v. 30. Decbr. 1680. Not. g pag. 82 LL. Vgl. auch den Kgl Brief v. 22. Novbr. 1686 bei Wilskman a. a. O. S. 740. Daß Ehen zwischen Geschwisterkindern dispensabel sind, ergiebt sich auch schon daraus, daß außerehelicher Bei-

gleichen Seitenlinie ist die Ehe gleichfalls nur bis zum zweiten Grad incl. verboten [59]), hier aber, wie es scheint, in allen Fällen indispensabel. Die speciellen Bestimmungen gehen nur dahin, daß die Blutschande mit der Tochter der vollbürtigen [60]), so wie der Halbschwester für capital [61]), dagegen die Ehe mit dem Enkel oder der Enkelin des Aeltervaters (oder wie es im Gesetze heißt: mit seines Vaters oder seiner Mutter Geschwisterkind [Syskonebarn], oder mit seines eigenen Geschwisterkinds Sohn oder Tochter), also im dritten Grade ungleicher Seitenlinie, ausdrücklich für unverboten erklärt wird [62]). — Daß in allen Verwandtschaftsgraden zwischen voller und halber Geburt nicht zu unterscheiden sei, ist zwar nirgends allgemein ausgesprochen, folgt aber aus mehreren Bestimmungen über einzelne Fälle [63]).

---

schlaf zwischen ihnen nur mit Geldstrafe gebüßt wird: Kgl. Strafordnung v. 18. Mai 1653 Art. 2. LO. pag. 95. Kgl. Kriegsartikel v. 1683 Tit. 16. Art. 95. Not. d pag. 91 LL.

59) In der Entscheidung über einen einzelnen Fall wird dieser Satz aus dem in der Kgl. Verordn. v 30. Decbr. 1680 (s. oben § 6) enthaltenen Verbot der Ehe im zweiten Grad der Seitenlinie überhaupt gefolgert. Kgl. Brief an das Schwed. Hofgericht v. 9. Juni 1699, bei Schmedemann S. 1552. Es ist dies wahrscheinlich dieselbe Entscheidung, die in der Not. g pag. 82 LL. vom 10. Juni 1699 datirt wird.

60) Kgl. Strafordnug v. 1. Oct. 1611 § 3, bei Schmedemann S. 131.

61) Kgl. Brief an alle Hofgerichte v. 9. März 1698, bei Schmedemann S 1503 und Not. d pag. 91 LL.

62) Kgl. Briefe v. 11. Decbr. 1690, v. 4. August 1694 (an das Consistorium in Reval) und v. 9. Juni 1699, bei Abrahamson a. a. O. S. 274.

63) S. z. B. die Strafordnung v. 1. Octbr. 1611 § 4, bei

Darüber, ob bloß eheliche oder auch illegitime Verwandtschaft diese Ehehindernisse begründe, findet sich gleichfalls nirgends eine ausdrückliche Bestimmung; und ebensowenig kommt im Schwedischen Recht ein Eheverbot wegen gesetzlicher, durch Adoption entstandener, Verwandtschaft vor. Dagegen finden wir ein ausdrückliches Zeugniß über Nichtanwendbarkeit der aus der geistlichen Verwandtschaft hergenommenen Ehehindernisse [64]).

II. Hinsichtlich der Schwägerschaft ist im Allgemeinen zu bemerken, daß sie in einigen Gesetzen, sofern von Eheverboten die Rede ist, der Blutsverwandtschaft ganz gleichgestellt [65]), und daß namentlich das Verbot der Ehe wegen Blutsfreundschaft in dem zweiten Grade gleicher Linie als auch für die Schwägerschaft in gleichem Grade geltend erklärt wird [66]). Es ist daher anzuneh-

Schmedemann S. 131; die Kgl. Briefe v. 22. Novbr. 1686 und v. 31. Janr. 1688, bei Wilskman S. 740, und v. 24. März 1698 bei Schmedemann S. 1503 und Not. d pag. 91. LL.

64) Not. a pag. 136 LL. Vgl. auch Loccenius a. a. O. S. 75.

65) So heißt es in der Kgl. Seeartikeln vom J. 1685 Tit. 41. Art. 251 (Schmedemann S. 947): „Unehelicher Beischlaf und Ehebruch in Verwandtschafts- und Schwägerschafts-Graden werden (bei der Marine) gestraft nach dem göttlichen Recht und den Verordnungen, welche darüber bei den ordentlichen Richterstühlen gebräuchlich und für sie erlassen sind; wobei zu beobachten, daß für den unehelichen Beischlaf zwischen Geschwisterkindern 80 Thlr. S. M. von jedem Theile gebüßt, und entferntere Grade nicht gerechnet werden.“ In den Kgl. Kriegsartikeln v. J. 1683 Tit. 16. Art. 95 findet sich diese Stelle ganz gleichlautend, nur daß darin die Worte: „und Schwägerschafts-“, fehlen.

66) S. besonders den Kgl. Brief an das Rigische Stadtcon-

men, daß auch das Schwedische Recht die allgemeinen Grundsätze anerkenne: a) in demselben Grade, in welchem Jemand mit dem einen Ehegatten verwandt ist, ist er mit dem andern verschwägert [67]), und b) in allen Fällen, wo die Ehe wegen Blutsfreundschaft verboten ist, ist sie es auch wegen Schwägerschaft [68]). Die speciellen Bestimmungen, die in den Schwedischen Gesetzen vorkommen, sind auch offenbar auf diese beiden Grundsätze gestützt, nur daß sie, — wegen Nichtbeschränkung auf die affinitas primi generis — mitunter in der Anwendung zu weit ausgedehnt werden. Namentlich finden wir

1) in der geraden Linie der Schwägerschaft eine solche Ausdehnung nicht nur auf die ferneren Gattungen derselben, sondern auch auf die sog. mittelbare Schwägerschaft. Es wird nämlich die Ehe verboten a) zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern [69]); außerdem aber auch b) mit

---

sistorium v. 19. Juli 1698 bei Schmedemann S. 1514. Vgl. auch Not. g pag. 82 LL. und unten § 9.

67) Diesen Grundsatz erkennt auch Loccenius l. c. S. 38, desgl. Abrahamson a. a. O. S 274 an; letzterer stützt sich dabei auf „Causa 35. qu. 5. c. porro."

68) So wird z. B. im Kgl. Br. an das Dörptsche Hofgericht v. 29 Novbr. 1692 (s. unten § 8) der Incest „im ersten und zweiten Grade der Schwägerschaft" für capital erklärt, und zwar mit Berufung auf die älteren Schwedischen Gesetze, welche (mit Ausnahme etwa der Seeartikel, s. oben Anm. 65) doch nur die Ehe im ersten und zweiten Grade der Blutsfreundschaft verbieten. S. auch Loccenius l. c.

69) Kgl. Brief an das Dörptsche Hofgericht v. 29. Novbr. 1692; vgl. auch die Westerås-Stadga v. J. 1528.

der Stiefmutter der Mutter [70]; c) mit der Tochter und dem Sohne des Stiefsohns und so ferner in der geraden Linie der Schwägerschaft [71]; d) mit dem Wittwer der Stiefmutter, der Wittwe des Stiefvaters, der Stiefmutter und dem Stiefvater der Stiefmutter und überhaupt zwischen allen Personen, „welche auf dergleichen Weise in auf- und niedersteigender Linie mit einander beschwägert sind.“ Als Grund dieses Gesetzes wird angegeben: „um einen gebührenden Respect und geziemende Ehrerbietung zwischen Kindern und Eltern, sammt allen denen, welche in der aufsteigenden Linie an deren Stelle sein möchten, zu erhalten“ [72]. Es wird also ein respectus parentelae in der geraden Linie der Schwägerschaft angenommen, dessen Berücksichtigung so weit geht, daß keine Unterscheidung der verschiedenen Gattungen der Schwägerschaft dagegen irgend in Betracht kommt.

2) In der Seitenlinie wird einestheils das allgemeine Verbot der Ehe bis zum zweiten Grade auch auf die Schwägerschaft angewendet [73], anderntheils auch hier, wie bei der Blutsfreundschaft, nur die Ehe in dem ersten Grade der Seitenlinie für indispensabel [74], und

---

70) Kgl. Brief v. 29. Novbr. 1692, unten § 8.

71) Kgl Resol. v. J. 1699 bei Abrahamson S. 275.

72) Kgl. Resol. v. 3. Novbr. (publicirt am 2. Decbr.) 1703. LO. S. 747 und v. Buddenbrock's Sammlung Bd. II. S. 1574.

73) Kgl. Seeartikel v. 1685 Art. 251, Kgl Br. an das Rig. Stadtconsistor. v. 19. Juli 1698 (s. unten § 9), Kgl. Br. v. 22. Fbr. und 18. Sptbr. 1699 (Abrahamson S. 275). Vgl. auch Not. g pag. 82 u. Not. d pag. 91 LL. und oben Anm. 65 u. 66.

74) Kgl. Resol. v. J. 1699, wodurch die Ehe mit der Ehefrau

der Incest nur in diesem Grade für capital erklärt [75]); dagegen im zweiten Grade gleicher Seitenlinie die Königliche Dispensation für zulässig [76]), beim Incest in diesem Grade nur die gesetzliche Geldstrafe — von 80 Thlr. S.M. — für anwendbar erkannt [77]). In der Anwendung auf einzelne Fälle stoßen wir jedoch auf Inconsequenzen. So wird z. B. in einem Falle, wo außerehelicher Beischlaf mit dem Geschwisterkind der verstorbenen Frau (also im zweiten Grad der Schwägerschaft gleicher Seitenlinie) stattgefunden hatte, dahin erkannt: „dieser Beischlaf sei als zwischen Nichtverwandten (oskyld)" verübt anzusehen, und die Concumbenten seien demgemäß zu bestrafen (d. h. für einfaches stuprum), „es wäre denn, daß sie sich zur Ehe nehmen wollen" [78]). Auf gleiche Weise wird in mehreren anderen Königlichen Entscheidungen über einzelne Fälle die Ehe mit dem Geschwisterkind und Halbgeschwisterkind der verstorbenen Ehe-

---

Schwester, mit des Bruders Wittwe und mit der Schwester Wittwer verboten wird. Abrahamson S. 275.

75) S. bes. den Kgl. Brief an alle Hofgerichte v. 10. Octbr. 1699 (Schmedemann S. 1559), publicirt durch das Placat des Livl. Generalgouvernements v. 17. Novbr. 1699. LO. S. 564. Vgl. auch Westerås-Stadga v. 1528 Art. 12. Kgl. Straferdnung v. 1. Octbr. 1611. § 4 u. 5. (Schmedemann S. 1 und 131.)

76) Kgl. Br. an das Consistorium zu Åbo vom 11. März 1696, an das Stadtconsistor. zu Riga v. 19. Juli 1698 und an den Bischof N. N. v. 22. Febr. 1699 (Abrahamson S. 275). Vgl. auch Not. g pag. 82 LL.

77) Vgl. Kgl. Seeartikel v. 1685 a. a. O., oben Anm. 65.

78) Kgl. Br. an das Hofgericht zu Stockholm v. 20. Octbr. 1698 bei Schmedemann S. 1521 und Not. d pag. 91 LL.

frau als gar nicht untersagt, und daher der Königlichen Dispensation gar nicht bedürftig, bezeichnet [79]).

3) In der ungleichen Seitenlinie der Schwägerschaft findet sich zwar kein directes specielles Eheverbot; wohl aber sind zwei Entscheidungen einzelner Fälle vorhanden, in welchen die Ehe 1) mit der Halbschwestertochter der verstorbenen Ehefrau [80]) und 2) mit der gewesenen Ehefrau Geschwisterkindstochter erlaubt wird [81]). Ob diese Erlaubniß in Folge einer Dispensation erfolgte, oder weil in den gedachten Fällen gar kein Eheverbot existire, geht aus den Auszügen, welche Wilskman [82]) aus diesen Königlichen Entscheidungen mittheilt, nicht mit Bestimmtheit hervor; der erstere Fall ist indeß ohne Zweifel von einer Dispensation zu verstehen. Bei Gelegenheit eines dritten Falles wird zwar die Ehe sogar im dritten Grade ungleicher Linie für indispensabel erklärt. Die betreffende Königliche Resolution [83]) rührt jedoch

---

79) Kgl. Brief v. 16. Decbr. 1687 (Schmedemann S. 1190), v. 31. Janr. 1688 und v. 12 Nov. 1680 (Wilskman S. 740).

80) Kgl. Brief v. 31. Octbr. 1672.

81) Kgl. Brief v. 24. Juli 1680.

82) a. a. O. S. 740. Die beiden Briefe selbst liegen uns in extenso nicht vor.

83) Sie erging am 18. Octbr. 1662 an das Jönköpingsche Hofgericht und lautet so: „Wir haben — — den Ehehandel, den N. N. mit seiner Mutter-Mutter Bruders Frau einzugehen beabsichtigt, erwogen, und befinden, daß diese Personen in aufsteigender Schwägerschaftslinie einander so nahe verbunden sind, daß ihnen die Ehe durchaus nicht gestattet werden kann, wenn sie gleich nach der Verlobung Kinder gezeugt haben, und hätten Wir vollen Grund, sie dafür exemplarisch zu strafen; da sie aber ihr Verlöbniß auf des Bischofs Genehmigung gegründet haben, so

aus der Zeit her, wo noch nicht durch ein allgemeines Gesetz die Eheverbote auf den zweiten Grad beschränkt waren, und gründet sich daher wohl auf das ältere, durch das allgemeine Gesetz vom J. 1678 [84]) aufgehobene Recht.

4) In der Seitenlinie scheinen übrigens die Eheverbote wegen Schwägerschaft bloß auf die Schwägerschaft erster Gattung beschränkt zu sein. Wenigstens geschieht nur einmal eines Falles der Schwägerschaft zweiter Gattung Erwähnung — es ist darin von einer Ehe mit der Wittwe des Bruders der verstorbenen Frau die Rede — und diese Ehe wird für unverboten erklärt [85]).

5) Von einer Quasiaffinität und dadurch begründeten Eheverboten findet sich in der Schwedischen Gesetzgebung aus unserem Zeitraume keine Spur [86]); wohl aber dürfte anzunehmen sein, daß nicht bloß durch die

---

wollen Wir es für diesmal passiren lassen; Ihr möget daher den benannten Personen ansagen, daß sie sich hiernach von einander halten, und bei Lebensstrafe in keinen Beischlaf einlassen sollen." S. Schmedemann S. 324.

84) S. oben § 6. Vergl. jedoch auch ebndas. Anm. 47.

85) Kgl. Brief an das Gothenburgische Hofgericht v. 10. April 1682, bei Abrahamson S. 276.

86) Loccenius (a. a. O. S. 72 fg.) erklärt auf Grundlage des gemeinen Deutschen Rechts Ehen in der Quasiaffinität für solche, deren man sich „honestatis tuendae causa" enthalten müsse, mit dem Hinzufügen: „Quidam tamen etiam hic dispensationi cum certo modo, et iuramento purgationis ab omni copulae carnalis suspicione, locum esse putant (Gerhard und Carpzow werden hier angeführt), quum ipsa prohibitio sit tantum iuris humani positivi, non expresse divini. Et tale exemplum memini in hoc regno (Sueciae) accidisse."

Ehe, sondern auch durch außerehelichen Beischlaf die die Ehe hindernde wirkliche Schwägerschaft entstehe[87]).

III. Abgesehen von demjenigen, was bereits im Vorhergehenden über Dispensationen gesagt ist, stellt das Schwedische Recht noch zwei allgemeine Grundsätze über dieselben auf, die hier schließlich anzuführen sind:

1) in allen Fällen, wo sich die Eheverbote nicht auf das göttliche (Mosaische), sondern auf weltliches Recht gründen, ist Dispensation zulässig. Zwar findet sich dieser Grundsatz nicht direct ausgesprochen; allein er folgt aus der Bestimmung, daß unehelicher Beischlaf in einem Verwandtschaftsgrade, der nicht Levit. 18 verboten ist, mit 80 Thlr. S. M. (und nicht mit dem Tode) gebüßt wird[88]); auch liegt er ohne Zweifel dem Gesetze zu Grunde, welches

2) den andern Grundsatz ausspricht: „Wenn Mann und Weib, welche nach dem weltlichen Gesetz, wegen

87) Es ergiebt sich dies daraus, daß der außerordentliche Beischlaf mit Mutter und Tochter, mit zwei Schwestern (Westerås-Stadga v. 1528 Art. 12), mit zwei Brüdern (Kgl. Strafordnung v. 1. Octbr. 1611 Art. 5) für einen mit Todesstrafe zu belegenden Incest erklärt wird. Vgl. Not. d pag. 91 LL. Aus demselben Grunde wird auch im Königl. Brief vom 11. März 1696 entschieden: „Wenn jemand zwei Geschwisterkinder beschlafen und die letztere zur Ehe begehrt, so werde Solches nur mit Königlicher Genehmigung (Dispensation) zugelassen.“ S. Abrahamson S. 275.

88) Königl. Resolution v. 23. Juni 1615 (Schmedemann S. 164) und v. J. 1687. Not. d pag. 91 LL. Vergl. auch Loccenius in der oben Anm. 86 angeführten Stelle.

Verwandtschaft oder Schwägerschaft, mit einander keine Ehe eingehen dürfen, sich unter dem Eheversprechen fleischlich vermischen; so soll — weil sie die intendirte Ehe in und mit Unzucht beginnen, und nicht zuvor die Königliche Dispensation nachsuchen oder abwarten — die Eingehung der Ehe, die sie nachgehends begehren, ihnen nicht gestattet, sondern ihnen die Buße (plikt, Geldbuße) für den außerehelichen Beischlaf auferlegt werden" [89]. Hierher gehört wohl auch noch die Bestimmung, daß, wenn Jemand, dem vom Könige die nachgesuchte Dispensation von dem Verbot wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft abgeschlagen worden, dessenungeachtet die Trauung sich zu verschaffen gewußt hat, — nicht nur die Trauung selbst aufgehoben, sondern auch sowohl Mann als Weib einer besondern Buße unterzogen werden soll [90].

§ 8.

Einfluß der Schwedischen Gesetzgebung auf das Liv- und Esthländische Recht.

Wenngleich das Schwedische Recht, ungeachtet der Bestrebungen der Schwedischen Regierung, es in Liv- und Esthland einzuführen, im Ganzen nur wenig Einfluß auf das Liv- und Esthländische Privatrecht gewonnen hat [91],

89) Königl. Brief an das Dörptsche Hofgericht vom 7. Decbr. 1699, bei Abrahamson S. 274 u. 276.

90) Königl. Brief an das Consistorium zu Strengnäs vom 11. Sptbr. 1690, ebendas. S. 274.

91) v. Bunge, wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und

so verhält es sich doch damit anders im Kirchenrecht, mithin auch in allen in dieses hineinschlagenden privatrechtlichen Lehren. Namentlich wurde

1) in Livland die Verfassung der Protestantischen Kirche erst nach der Unterwerfung an Schweden gehörig organisirt; es wurden damals erst Consistorien errichtet, und mit Reglements versehen, welche natürlich Schwedisches Recht zur Grundlage hatten [92]). In der Folge, und zwar bereits im J. 1687, wurde die allgemeine Schwedische Kirchenordnung vom 3. September 1686 von der Schwedischen Regierung dem Livländischen Adel zur Annahme vorgelegt. Diese Annahme erfolgte zwar auch im J. 1690 auf dem Landtage zu Dorpat, allein nur bedingt und vorläufig, wiewohl der Vorschlag des Ge-

---

Curlands am zweckmäßigsten gestaltet werden? S. 12 fg., 16 fg. Dessen Liv- und Esthländ. Privatrecht § 7—9.

92) In der „Consistorial- und Kirchenvisitationsordnung, wie es im ganzen Liefflande hinführo zu halten, d. d. Stockholm, den 13. August 1634" heißt es in Cap. 8: „Unter das Consistorium gehören alle und jede Personen — — — in denen Sachen, so — — allhie forum haben, als da seyn — — — alle Matrimonial-Sachen von Sponsalien und Verlöbnissen, Streitigkeiten und Trennungen der Ehe halber, Ueberfahrung der in göttlichen und weltlichen Rechten verbothenen Grade, wovon eine besondere Designation erfolgen soll ꝛc." Eine solche „Designation" erhielt indeß, so viel bekannt, das Livländische Oberconsistorium nicht (vgl. v. Buddenbrock a. a. O. S. 154 Anm. 27), und es konnten und mußten um so mehr in dieser Beziehung die Grundsätze des allgemeinen Schwedischen Kirchenrechts geltend werden.

neralgouverneurs punktuelle Beobachtung forderte [93]). Aber schon im folgenden Jahre wurden auf Anfragen des Livländischen Oberconsistoriums (welche aber sehr wahrscheinlich wenigstens theilweise durch jene bedingte Annahme des Gesetzes von Seiten des Adels veranlaßt waren) durch eine Königl. Resolution vom 30. Juni Modificationen mehrerer Bestimmungen der Kirchenordnung für Livland angeordnet, und dadurch also den übrigen Bestandtheilen des Gesetzes unbedingte Wirksamkeit verliehen [94]). Vollends wurde durch die Königliche Verordnung vom 20. December 1694 § 16 [95]) für Livland festgesetzt: „In dem Kirchenwesen ist J. K. M. Kirchenordnung die einzigste Norm, wonach Alles reguliret und gerichtet werden soll ꝛc.“ Die mancherlei Aenderungen, welche jene Verordnung von 1694 in der Verfassung Livlands herbeigeführt hatte, wurden zwar in der Folge wieder aufgehoben; allein gerade in Beziehung auf das Kirchenwesen blieb es dabei. Enthält nun auch die Kirchenordnung selbst nur Weniges gerade über unsern Gegenstand [96]), so wurden doch andere denselben betreffende Verordnungen auf anderem Wege in die Livländ. Praxis eingeführt, namentlich durch Aufnahme derselben in die durch die Praxis recipirten Gesetzsammlun-

---

93) v. Buddenbrock's Sammlung der Gesetze. Bd. II. S. 1596 fg.

94) Ebendas. S. 1631 fgg.

95) Das. S. 1338.

96) S. oben § 6 S. 117 fg.

gen [97]). Noch ein Grund, warum gerade in dieser Lehre das Schwedische Recht vorzugsweise Eingang gewinnen mußte, ist darin zu suchen, daß die Dispensationsgesuche an den König zu richten waren, der bei seinen Entscheidungen darauf natürlich von den Grundsätzen des Schwedischen Rechts ausging, welche mithin schon vor dem Uebergange Livlands unter die Russische Herrschaft auf diese Weise daselbst festen Fuß faßten. Aber auch außerdem ergingen manche betreffende Verordnungen direct an Livländische Behörden [98]). Besonders interessant ist der an das Dörpt'sche Hofgericht erlassene Königliche Brief vom 29. Novbr. 1692, in welchem die Anwendung der Schwedischen Gesetze über Blutschande, mit ausdrücklicher Hintansetzung des gemeinen Deutschen Rechts, angeordnet wird. Es heißt darin:

„Uns ist vor einiger Zeit Euer unterthänigstes Schreiben zu Händen gekommen, worin Ihr in Unterthänigkeit anfragt, wie man sich verhalten solle im crimine incestus im ersten und zweiten Grade der Schwägerschaft, als zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegersöhnen oder Sohnesfrauen, auch Brüdern und Schwestern, indem bei Euch der Fall vorgekommen, daß Jemand seines Großvaters Wittwe beschlafen, welche seiner Mutter

97) S. namentlich die Livländ. Landesordnungen S. 562, 564 u. 746, und v. Buddenbrock's Sammlung Bd. II. S. 1133, 1544 u. 1574. Not. g pag. 82 und Not. d pag. 91 LL.

98) S. z. B. den Königl. Brief an das Dörpt'sche Hofgericht v. 7. Decbr. 1699, oben § 7 Anm. 89.

Stiefmutter ist, und mit ihr Kinder gezeuget hat; in welcher Beziehung Ihr meldet, daß bei Euch seit langer Zeit gebräuchlich gewesen, daß nach dem Römischen Recht und Kaiser Carls V. peinlicher Gerichtsordnung, solche nur mit Ruthenstrafe und Landesverweisung belegt worden sind, während in Schweden ein solches Verbrechen capital ist und der Todesstrafe unterliegt: als gereicht Euch zur gnädigen Antwort, daß wir solches schwere Verbrechen nach Göttlichen und Schwedischen Gesetzen bei Euch für capital und solche Verbrechen für des Todes würdig erklären; daher Ihr in Folge dessen sie zum Tode verurtheilen, und eines solchen Lebens nicht schonen sollt" [99]).

Demnach ist denn in Livland an der Anwendbarkeit der Schwedischen Gesetzgebung in Betreff der Ehehindernisse wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft bis in die Russische Herrschaft hinein auch in der Praxis nie gezweifelt worden [100]).

2) In Esthland wurde auf gleiche Weise, wie in Livland, die Schwedische Kirchenordnung vom J. 1686

---

99) Schmedemann a. a. O. 1329 fg. Der Livländische Generalgouverneur publicirte diesen Königl. Brief in Livland, aber weder vollständig noch ganz richtig, durch ein Placat vom 1. August 1693, welches auch in die LO. S. 562 aufgenommen ward. Die Vermuthung von Buddenbrock's (a. a. O. S. 1134 Anm. 1), daß dieser Kgl. Brief nicht an das Dörpt'sche Hofgericht erlassen worden, wird durch dessen vollständigen Abdruck bei Schmedemann l. c. vollkommen widerlegt.

100) Vergl. die Senatsunterlegung vom 17. Sptbr. 1733, unten § 11 Anm. 132.

eingeführt, und auch hier erfolgte unterm 30. Novbr. 1692 eine Königliche „Resolution und Erklärung derer von Ritter- und Priesterschaft in Esthland — — unterthänigst vorgetragenen Fragpunkte und Erinnerungen, angehende etliche Fälle, so bei der publicirten — — Kirchenordnung in ihrer Vorstellung an dem Orte in Bedenken kommen“ [101]). In diesen Fragepunkten werden die Ehehindernisse mit Stillschweigen übergangen. Auf das Ritter- und Landrecht konnte, da dasselbe die nachgesuchte Bestätigung noch nicht erhalten, die Esthländische Ritterschaft sich nicht wohl berufen. In wie weit die Praxis die Schwedischen speciellen Vorschriften über unsere Lehre adoptirt, läßt sich — wegen Mangel an quellenmäßigen Zeugnissen — nicht mit Bestimmtheit nachweisen [2]). Gleiche und ähnliche Gründe, wie für Livland angeführt sind, mögen aber auch in Esthland der Geltendwerdung des Schwedischen Rechts förderlich gewesen sein.

§ 9.

Bestimmungen der Stadtrechte.

Daß die älteren Stadtrechte von Ehehindernissen ganz schweigen, erklärt sich daraus, daß unter der Herr-

---

101) v. Buddenbrock l. c. S. 1641 fgg.

2) Daß in Riesenkampff's Marginalien zum Esthländ. R. und LR. — welche über die Praxis in Esthland sonst so reiche Auskunft geben — sich über unsern Gegenstand gar nichts bemerkt findet, kann nicht gegen die Reception der Schwedischen Gesetze sprechen, da Riesenkampff bloß aus den Protocollen

schaft der päbstlichen Kirche diese Lehre überhaupt dem bürgerlichen Rechte entzogen war. Unter den späteren Redactionen unserer Stadtrechte berührt

1) das in Reval, Hapsal und Wesenberg geltende revidirte Lübische Recht vom J. 1584 unsern Gegenstand nur gelegentlich, indem es dort, wo von der Verpflichtung des Richters, sich in Rechtsstreitigkeiten seiner Verwandten seines Stimmrechts zu begeben, die Rede ist, heißt:

„Unter den Blutsfreunden und Schwägern, welche sich des Rathschlages wegen ihrer Freunde, zu äußern schuldig, sollen diejenigen gemeynet seyn, welche einander im dritten Glied gleicher Linie, wie in Ehesachen, so woll der Blutsfreundschafft, als Schwägerschafft, verwandt seyn“[103]).

Hieraus ergiebt sich unstreitig, daß in der gleichen Seitenlinie die Ehe bis zum dritten Grade der Verwandtschaft und Schwägerschaft als verboten anzusehen ist. Daß die Ehe in gerader Linie der Verwandtschaft hier als verboten vorausgesetzt werde, darf nicht bezweifelt werden; wohl aber fragt es sich, ob in der ungleichen Seitenlinie die Verbote über den dritten Grad hinausreichen[4])?

---

und Urtheilen des Oberlandgerichts schöpfte; in diesen aber nichts über Ehehindernisse vorkommen konnte, da dergleichen Sachen vor das Consistorium gehörten.

103) Lüb. StR. B. I. Tit. 1. Art. 9.

4) Vergl. D. Mevii Commentarius in ius Lubecense ad Art. cit. № 13 sqq., wo übrigens diese Frage auch nicht entschieden,

2) Das im J. 1673 redigirte Rigische Stadtrecht handelt zwar ex professo von Eheverboten, bestimmt jedoch darüber auch nur Folgendes:

„Niemand soll sich unterstehen, näher als im dritten Gradu, gleicher Seits-Linie mit seiner Bluts-Verwandten, sich zu verehelichen, bey ernster hoher Strafe“ [105]).

Damit übereinstimmend verordnet die neueste Redaction der Rigischen Bauersprache oder die sog. willkürlichen Gesetze der Stadt Riga:

„Es soll Niemand sich unterstehen näher als im dritten Grade gleicher Linie sich zu verehelichen, es sey denn, daß er vorher Dispensation dazu erhalten [6]).

Das Verbot der Ehe in der geraden Linie wird auch hier offenbar als aus dem gemeinen Recht, auf das die Statuten anderweitig verweisen [7]), bekannt vorausgesetzt; nur in der Seitenlinie fanden sich die Redactoren zu einer ausdrücklichen Bestimmung veranlaßt, da diese Frage im gemeinen protestantischen Kirchenrecht jener Zeit nicht unbestritten war. Aber auch hier ist die Bestimmung sehr unvollständig, und namentlich fragt es sich: 1) ist sie bloß von der Blutsfreundschaft oder auch von der

---

sondern nur ausgeführt wird, daß in allen, im göttlichen Recht nicht verbotenen Fällen, Dispensation zulässig sei. — Ueber das spätere Recht s. unten Anm. 116.

105) Rig. StR. B. III. Tit. 1. § 5.

6) Willk. Ges. Tit. 8. § 2.

7) Rig. StR. B. II. Cap. 4.

Schwägerschaft zu verstehen [108]) und 2) bis wie weit ist die Ehe in der ungleichen Seitenlinie verboten? Beide Fragen sind in beiden obigen Bestimmungen durchaus unentschieden [9]). Auch der Meyer-Flügel'sche Entwurf eines Rigischen Stadtrechts, der den obgedachten Rigischen Statuten nur um wenige Jahre voranging, giebt darüber nicht viel Aufklärung, indem es auch darin bloß heißt:

„In rechter linea zwischen Eltern und Kindern ist keine Ehe. Die Ehe ist zugelassen in den dritten Grad seitwärts gleicher Linien, aber nicht ungleichen; jedoch muß allewege die Dispensation von Uns vorher erlanget werden" [10]).

Allenfalls ließe sich daraus folgern: 1) daß in der ungleichen Seitenlinie auch noch der dritte Grad zu den verbotenen gehöre, eine Ansicht, die zu jener Zeit fast ganz allgemein verbreitet war [11]), und 2) daß diese Grade indispensabel seien, dagegen in dem dritten Grade gleicher und dem vierten ungleicher Seitenlinie Dispensation er-

---

108) Daß, nach der derzeitigen Ansicht des Rigischen Stadtconsistoriums, eine solche Ausdehnung sich nicht von selbst verstand, ersieht man aus dem Kgl. Brief vom 19. Juli 1698. S. unten S. 139.

9) **B. Hanenfeldt** (Collatio iuris statutarii Rigensis cum iure communi (Francof. ad Viadr. 1684. 4.) Cap. III № 43) bezeugt: „Imo aliquoties matrimonium etiam in tertio gradu lineae inaequalis in civitate nostra, dispensatione tamen a Consistorio impetrata, initam fuisse meminimus."

10) B. II. Tit. 1. Art. 7 u. 8.

11) Vergl. Schlegel's Darstellung der verbotenen Grade S. 270 fgg. 292 fgg.

folgen könne. In letzterer Beziehung weicht der Entwurf wesentlich von den willkürlichen Gesetzen ab, nach welchen, wie es scheint, auch schon im zweiten Grade gleicher Seitenline Dispensation zulässig ist. Daher wurde denn auch wohl bei einer späteren Revision des Meyer-Flügel'schen Entwurfs der von der Dispensation handelnde Satz: „jedoch muß — erlangt werden" gestrichen.

Bei solcher Dürftigkeit des Stadtrechts konnte Riga der Einführung des Schwedischen Rechts in dieser Lehre nicht entgehen. Wir finden dessen Anwendung ausdrücklich bezeugt in folgendem Königl. Schreiben an das Rigische Stadtconsistorium vom 19. Juli 1698:

„Wir haben Uns in Gnaden vortragen lassen Euer unterthäniges Schreiben vom 26. Mai d. J., worin Ihr anfragt, ob dem N. N. gestattet werden könne, mit der Wittwe seines verstorbenen Vaterbruderssohns, welche ihm im zweiten Grade der Schwägerschaft verwandt ist, in die Ehe zu treten, und wobei Ihr es unterthänigst Unserer gnädigen Beprüfung anheimstellt, inwiefern der gedachte zweite Grad in gleicher Linie der Schwägerschaft eben so wenig zulässig sein soll, als eben derselbe es in der Consanguinität ist, wie denn letzterer in der Kirchenordnung durchaus verboten ist; ob mithin in demselben Grade der Schwägerschaft eine Ehe zugelassen werden könne oder auch durchaus verboten und unzulässig bleiben solle, auf daß Ihr Euch darnach in vorkommenden Fällen möget richten können; — und ertheilen Euch

hierauf zur gnädigen Antwort: daß, wie Wir in jener zwischen N. N. und dessen verstorbenen Vaterbrudersſohns N. N. Wittwe begehrte Ehe hiermit in Gnaden willigen, so wollen Wir dabei, daß der angeführte zweite Grad in der Affinität nicht weniger als in der Consanguinität durchaus verboten und unzulässig sein soll ohne Unsere Königliche Dispensation, so daß Ihr in solchen Fällen keine Genehmigung ertheilen könnet noch dürfet" [112]).

Noch interessanter ist ein Königlicher Brief vom 29. April 1695, der nach Schmedemann [13]) „an Bürgermeister und Rath der Stadt N. N." gerichtet ist, und so lautet:

„Wir haben aus Eurem unterthänigen Schreiben vom 2. März c. vernommen, daß Ihr einige Bürger in N. N. vor 11 Jahren mit Bußen belegt, weil sie, — gegen der Stadt Statuten und die sog. Bauersprache, nach welchen Niemand bei Strafe sich unterstehen soll, im vierten Grade eine Ehe zu schließen, — im dritten Grade eine Ehe eingegangen sind; jene Bürger sich hingegen auf Unsere gnädige Verordnung vom J. 1680 berufen haben, welche solche Ehen im dritten Grade ohne irgend eine Dispensation oder Strafe zuläßt; weshalb Ihr Unserem gnädigen Gutbefinden unterthänigst anheimstellet, wie Ihr in solchen Fällen Euch verhalten sollet;

112) Schmedemann S. 1514. Vgl. Not. g pag. 82 LL.
13) a. a. O. S. 1407.

und dient Euch hierauf zur gnädigen Antwort: daß, wie Wir im obgemeldeten Gesetze vom J. 1680 allein die Dispensation für Ehen zwischen Geschwisterkindern uns vorbehalten, desgleichen in der von Uns publicirten Kirchenordnung ausdrücklich in jenem Grade die Ehe zwischen Geschwisterkindern nach wie vor verboten, solches aber keinesweges auf weitere Grade erstreckt haben, so empfehlen Wir Euch diese Unsere Verordnungen zur gehorsamen Nachachtung in sochen Sachen."

Die Erwähnung von „der Stadt Statuten und Bauersprache" in diesem Königl. Briefe würde der Vermuthung Raum geben, daß der Brief an den Rigischen Rath erlassen worden sei[114]; wenn nicht der Inhalt der Rigischen Statuten und willkürlichen Gesetze dem hier referirten widerspräche. Auch gegen die Annahme, daß in der ursprünglichen Redaction der Statuten vom J. 1680 die Eheverbote weiter gegangen seien, und daß etwa unser Königl. Brief vom J. 1695 gerade zu einer Abänderung veranlaßt habe, spricht der Umstand, daß in einer bereits im J. 1684 gedruckten Schrift[15]) der Inhalt des § 5 Tit. 1 B. III. des Rig. Stadtrechts ganz in derselben Weise angegeben wird, wie er oben, nach den Druckausgaben des Rig. StR. von den Jahren 1780 u. 1798, mitge-

114) In Schweden selbst hatte zu jener Zeit keine Stadt besondere Statuten; und die übrigen Städte Liv- und Esthlands genossen gleichfalls kein eigenes, sondern theils Rigisches, theils Lübisches Recht.

15) B. Hanenfeldt l. c. Cap. III. № 41.

theilt worden. Dem mag übrigens sein, wie ihm wolle, so ersieht man aus unserem Königl. Briefe jedenfalls, daß die Schwedische Regierung auch auf die mit besonderen Rechten versehenen Städte ihre Gesetzgebung über Eheverbote angewendet wissen wollte, und daß mithin letztere auch in allen Städten Liv- und Esthlands Eingang gefunden hat [116]).

3) Die besonderen Rechtsquellen der Städte Curlands enthalten über unsern Gegenstand gar keine Bestimmungen [17]); daher in ihnen die für das Herzogthum Curland selbst geltenden Grundsätze (§ 3) zur Anwendung kamen.

§ 10.

Russische Herrschaft. Budberg-Schrader-scher Landrechtsentwurf für Livland.

In der Russischen Regierungszeit begegnen wir zunächst dem Landrechtsentwurfe, welcher für Livland im

---

116) Hinsichtlich Revals vergl. noch den oben § 7 Anm. 62 angeführten Königl. Brief v. 4. August 1697 an „das Revalsche Consistorium", worunter ohne Zweifel das Stadtconsistorium in Reval zu verstehen ist.

17) In der Mitauschen Polizeiordnung vom 5. Sptbr. 1606 Tit. 1 § 18 wird dem Richter verboten, in Sachen derer, die ihm „bis zum andern Grad in gleicher Linie inclusive mit Blutsfreundschafft oder Schwägerschafft verwandt sind", zu deliberiren und zu votiren. Die Bauske'sche Polizeiordnung v. 8. Febr. 1645 Tit. 1. § 16 dehnt dies Verbot bis zum dritten Grad (ohne Bezeichnung der Linie) aus. Allein man darf davon nicht ohne Weiteres auf gleiche Ausdehnung der Eheverbote schließen. So muß z. B. nach dem Rigischen Stadtrecht (B. I. § 3) der Richter auch in Sachen derer abtreten, die zu ihm im dritten Grade

J. 1734 abgefaßt wurde. Dieser nach seinen Verfassern sog. Budberg-Schrader'sche Landrechtsentwurf stützt sich in unserer Lehre vorzugsweise auf das Mosaische Recht, schöpft aber zugleich aus dem Schwedischen, und beruft sich nebenher auch auf das Esthländische Ritter- und Landrecht, so wie auf ein „Preußisches Landrecht", worunter das Landrecht des Herzogthums Preußen zu verstehen ist, und zwar diejenige Redaction desselben, welche unterm 27. Juni 1721 für Ostpreußen publicirt wurde[118]). Wenngleich die letztere, in diesem Entwurf auch sonst stark benutzte Quelle in Livland nie von practischem Ansehen gewesen ist[19]), so enthält der Entwurf im Uebrigen doch allerdings eine im Ganzen als gelungen zu

gleicher Linie incl. der Verwandtschaft oder Schwägerschaft erster Gattung stehen, während die Eheverbote nicht so weit reichen.

118) Bereits im J. 1620 wurde, auf Antrag der Stände des Herzogthums Preußen, ein Landrecht abgefaßt und publicirt, dem vorzüglich das Culmische Recht, welches bis dahin in Preußen gegolten hatte, zum Grunde liegt. Unter dem Churfürsten Friedrich Wilhelm wurde dasselbe umgearbeitet, und unter dem Titel: „Churfürstlich-Brandenburgisches revidirtes Landrecht des Herzogthums Preußen" im J. 1684 promulgirt. Von diesem Landrecht ist das im J. 1721 publicirte, welches im Budberg-Schraderschen Entwurf benutzt worden, und einer durch König Friedrich Wilhelm I. veranstalteten Revision seinen Ursprung verdankt, im Ganzen nicht sehr abweichend. Im Druck erschien es: Königsberg 1721 und 1731 Fol. Vergl. überhaupt: F. C. Schweikart über die in Ost- und Westpreußen geltenden Rechte. Berlin 1825. 8., auch in v. Kamptz's Jahrbb. der Preußischen Gesetzgebung. Hft. 52. S. 239 fgg.

19) Wie man dazu gekommen ist, gerade diese Quelle zu benutzen, wissen wir nicht zu erklären. Vergl. übrigens unten § 11 Anm. 133.

bezeichnende Darstellung des derzeit practischen Rechts, und ist daher, wiewohl er nie bestätigt worden, für die geschichtliche Entwickelung des Livländischen Rechts nicht ohne Interesse. Daher mögen auch die über unsern Gegenstand darin aufgestellten Grundsätze hier in der Kürze Erwähnung finden.

1) In der Blutsverwandtschaft wird, ohne Rücksicht auf volle oder halbe, eheliche oder uneheliche Geburt [120]), die Ehe in gerader Linie in infinitum verboten [21]), in der ungleichen Seitenlinie in allen Fällen, wo respectus parentelae stattfindet [22]); in der gleichen zwischen Geschwistern [23]) und Geschwisterkindern, von dem letzteren Verbote kann indeß dispensirt werden [24]).

2) Hinsichtlich der Schwägerschaft geht auch der Budberg-Schradersche Entwurf von dem Grundsatze aus, daß „durch das Band der Ehe Mann und Weib ein Fleisch werden", daher „diejenigen Ehen, welche in dem Grade der Blutsfreundschaft verboten sind, in gleichem Grade der Schwägerschaft gänzlich untersagt sein sollen" [25]). Uebrigens wird der durch außerehelichen Beischlaf be-

---

120) B. II. Tit. 2 § 6.

21) Das. § 2.

22) Das. § 3: „Hiernächst soll auch Niemand in aufsteigender Seitenlinie seines Vaters oder Mutter, Groß- und Elter-Vaters oder Groß- und Elter-Mutter Brüder oder Schwestern, und eben also in niedersteigender Seitenlinie Niemand seines Bruders oder Schwester Kind oder Kindes Kind rc. heirathen."

23) Das. § 4.

24) Das. § 5.

25) Das. Tit. 3. § 1.

gründeten Schwägerschaft gleiche Wirkung mit der durch eine rechtmäßige Ehe entstandenen beigelegt [126]). Im Einzelnen wird die Ehe zwischen Stiefeltern und Stiefkindern, Schwiegereltern und Schwiegerkindern [27]), zugleich aber auch zwischen allen Personen, „die der Stief- oder Schwiegereltern und Stief- oder Schwiegerkinder Stelle vertreten", verboten, so daß dieses Verbot in der geraden Linie der Schwägerschaft sich auf die entferntesten Gattungen der Schwägerschaft erstreckt. Jedoch soll „in allen Fällen, die nicht in dem göttlichen Gesetze mit klaren Worten ausgedrückt sind, oder mit denen daselbst ausgedrückten eine völlige Gleichheit haben", Dispensation erfolgen können [28]). In der gleichen Seitenlinie wird bloß die Ehe mit des verstorbenen Ehegatten Bruder oder Schwester, desgleichen mit des Bruders oder der Schwester hinterbliebenem Ehegatten verboten [29]); in der ungleichen Seitenlinie dagegen findet sich — wegen respectus parentelae — abermals eine Ausdehnung auf die entfernteren Gattungen der Schwägerschaft, und zwar ohne daß dabei der Zulässigkeit einer Dispensation ausdrücklich erwähnt würde [30]).

---

126) Das. § 8.
27) Das. § 2.
28) Das. § 3.
29) Das. § 5.
30) Das. § 6: „— — Es soll auch Niemand seiner Eltern und Groß-Eltern leiblichen oder Stiefbruders, imgleichen der Schwester hinterbliebenes Ehegemahl, noch seines leiblichen oder Stiefbruders, wie auch der Schwester Stief- oder Schwiegerkinder und Kindeskinder zu heirathen befugt sein.

3) Wegen Quasiaffinität wird verboten die Ehe mit des verstorbenen Blutsfreundes verlobt gewesenen Braut oder Bräutigam; von diesem Verbot soll indeß dispensirt werden können, wenn das verlobt gewesene Theil eidlich erhärtet, daß mit dem Verstorbenen keine fleischliche Vermischung erfolgt sei[131].

4) Die Frage, in wiefern Adoption ein Ehehinderniß begründe, übergeht unser Entwurf mit Stillschweigen.

§ 11.

Neuere Russische Gesetzgebung.

Bis zum Ende des achtzehnten Jahrhunderts, wo alle drei Deutschen Ostseeprovinzen unter der Russischen Herrschaft vereinigt wurden, befaßte sich die Gesetzgebung — die überhaupt bis dahin in dem privatrechtlichen Gebiete die Rechtsentwickelung fast ganz der Praxis überließ — auch mit unserem Gegenstande gar nicht. Die vor der Russischen Herrschaft geltend gewesenen Grundsätze blieben demnach in fortdauernder Wirksamkeit, wo sie nicht in Vergessenheit geriethen[32]) oder gar

131) Ebendas. § 8.

32) Die Allerhöchst bestätigte Unterlegung des Senats vom 17. Sptbr. (Senatsukas v. 3. Octbr.) 1733, durch welche dem damaligen Justizcollegium für Liv- und Esthländische Sachen, — nachmaligen Reichsjustizcollegium — das Recht Dispensationen zu ertheilen verliehen wurde, beruft sich hinsichtlich der Eheverbote ausschließlich auf die Schwedischen Rechtsquellen, und zwar werden namentlich der Königl. Brief v 30. Decbr. 1680, die Kirchenordnung v. 1686 Cap. 15 § 9 (s. oben § 6) und der

außer Gebrauch kamen [133]). Die weite Ausdehnung der Eheverbote, besonders in der Schwägerschaft, wurde durch Dispensationen gemildert, welche von dem dazu berechtigten ehemaligen Reichsjustizcollegium zu St. Petersburg [34]), mit Ausnahme nur weniger Fälle [35]), ohne große Schwierigkeit ertheilt wurden. In der In-

---

Königl. Brief an das Rigische Stadtconsistorium vom 19. Juli 1698 (s. oben § 9), ihrem Hauptinhalte nach, aufgeführt. Von anderen Quellen ist gar nicht weiter die Rede.

133) Ein Beispiel einer desuetudo finden wir in einer verwandten Lehre: indem das Justizcollegium bei Ehescheidungen an Stelle der Bestimmungen der Schwedischen Kirchenordnung die Grundsätze des Preußischen Rechts anzuwenden begann (s. den officiellen Bericht über die Abfassung des neuen Kirchengesetzes v. J. 1832 in dem (Russischen) Journal des Ministeriums des Innern. Jahrg. 1833 Hft. 3. S. LIV). Zur Rechtfertigung der Anwendung des Preußischen Rechts berief sich das Livländische Oberconsistorium sonst darauf, daß in der Consistorialordnung vom 13. August 1634 Cap 19 (v. Buddenbrock a. a. O. S. 143) die Magdeburgische und Halberstädtsche Kirchenordnung angeblich als Subsidiarrecht angeordnet sei. Allein die Königin Christina spricht in jener Stelle bloß von „Kirchen-Agenda und Ordnung, welche der Magdeburgischen und Halberstädt'schen gemäß von Unserm — Vater (König Gustav Adolph) — Anno 1632 vorgeschrieben".

34) S. oben Anm. 132.

35) L. F. Richter führt in der oben (Anm. 18) erwähnten Schrift S. 47 als indispensabel gar nur auf die Ehe 1) zwischen Großvater und Enkelin, 2) zwischen Stiefsohn und Stiefmutter, 3) zwischen leiblichen oder Stiefgeschwistern, 4) zwischen Tante und Neffen und 5) zwischen Onkel und Nichte, mit dem Hinzufügen, daß in den beiden letzteren Fällen früher dispensirt worden. Allein die ganze Darstellung unserer Lehre bei Richter ist nicht nur höchst mangelhaft, sondern auch durchaus unklar und verworren.

struction, welche das gedachte Collegium unterm 23. Januar 1801 den Protestantischen Geistlichen im Russischen Reiche ertheilte, heißt es in dieser Beziehung im § 8:

„Die Grade der Verwandtschaft, in welchen der Ehestand verboten ist, sind folgende: a) in linea ascendente et descendente, sie mag sich so weit erstrecken, wie sie immer wolle, ist der Ehestand durchaus verboten. b) in linea collaterali ist die Ehe in der nahen Schwägerschaft und Cousinage gleichfalls verboten, doch kann solche gestattet werden, wenn die Dispensation dazu bei diesem Collegio nachgesucht und ausgewirkt worden.“

Bei diesen etwas unbestimmten und vagen Grundsätzen, war das Feld für Dispensationen ziemlich umfassend. Eine vollständige Geschichte dieser Dispensationen dürfte ohne Zweifel sehr belehrend sein, kann hier jedoch nicht geliefert werden, weil dem Verfasser die erforderlichen Archivnachrichten abgehen. Nur für einen Zeitraum von wenigen Jahren (etwa 1800—1816) sind Nachweisungen bloß für die Provinz Curland bekannt geworden [136]), aus denen sich ergiebt, daß Dispensationen

---

136) G. F. Neander's Auszug aus den seit der Unterwerfung Curlands unter den glorreichen Scepter Rußlands — — in dem Curländ. Gouvernement — — eröffneten Allerh. Manifeste, Ukasen ꝛc. (Mitau 1804. 8.) S. 106. Zweite Fortsetzung dieses Auszugs (Mitau 1807. 8.) S. 90. Dritte Forts. (Mitau 1809. 8.) S. 53 fgg. Vierte Forts. (Mitau 1817. 8.) S. 423 fgg. In den späteren Fortsetzungen sind diese Nachweisungen aus dem

ertheilt worden sind von dem Verbot der Ehe 1) zwischen Geschwisterkindern, 2) mit der Nichte, 3) mit des Vaters Halbschwester, 4) mit der Brudertochter der Großmutter, 5) mit des Bruders Wittwe, 6) mit der Frauen Schwester, 7) mit der Frauen Schwestertochter und 8) mit der Wittwe des Vaterbruders und Mutterbruders. Am häufigsten kamen die unter Nr. 1, 5 und 6, demnächst die unter Nr. 8 aufgeführten Fälle vor.

Im Jahre 1823 erfolgte ein am 20. Februar Allerhöchst bestätigter Beschluß des Ministercomité, durch welchen eine neue Ordnung in Betreff der Dispensationen getroffen wurde. In dem Schreiben des damaligen Ministers der geistlichen Angelegenheiten und des öffentlichen Unterrichts, Fürsten Galizyn, durch welches den Consistorien des Reichs jener Beschluß eröffnet wurde[137]), heißt es, so weit es unsern Gegenstand betrifft: „Ver-

---

Archiv des Curländischen Consistoriums leider weggelassen; im ersten Auszuge fehlt auch die specielle Angabe der Jahre, in welchen die betreffenden Dispensationen erfolgten. — Richter a. a. O. hat bei Aufzählung der dispensablen Fälle offenbar bloß den Neander'schen Auszug, und auch diesen nicht vollständig benutzt.

137) Es wird hier der Beschluß in der Weise mitgetheilt, wie über ihn in dem von dem ehemaligen Livländischen Generalsuperintendenten C. G. Sonntag redigirten Ostsee-Provinzen-Blatt Jahrg. 1823. № 17. S. 153 fg. „aus dem schriftlichen Befehle" des Ministers referirt wird. Es ist nämlich diese Relation weit vollständiger, als der Abdruck des Gesetzes selbst in der officiellen Gesetzsammlung (Полное собрание законовъ. Спб. 1830. 4.) Bd. 38 № 29,422. S. 913 fgg. Das zugleich in der Gesetzsammlung Enthaltene ist im Texte mit Anführungszeichen („—") eingeschlossen.

schiedene Umstände haben mich zu dem Wunsche veranlaßt, in dem bei Ehedispensationssachen zu beobachtenden Geschäftsgange eine den Verhältnissen der Evangelischen Kirche angemessenere Ordnung eingeführt zu sehen." Ausgehend von dem Gesichtspunkte, daß in dieser Kirche, nach der Meinung der vorzüglichsten Gelehrten dieses Faches, alle Ehen in auf- und absteigender Linie der Verwandtschaft und Schwägerschaft bis ins Unendliche, und die in den Seitenlinien in allen den Fällen, auf welche 3 Buch Mose 20. Todesstrafe oder Ausrottung aus dem Volke gesetzt ist [138]), durchaus verboten und indispensabel sind; diejenigen Ehen in den Seitenlinien aber, welche im Mosaischen Gesetze nicht unter jene Categorie gesetzt sind, wenn bewegende Ursachen vorhanden, zugelassen und dispensirt werden können, „machte ich dem Comité der Herren Minister eine Vorstellung über nachstehende Punkte: 1) allen mit Episcopalrechten versehenen Evangelischen Consistorien das Recht zuzugestehen, in allen dispensablen Fällen, bei bewegenden Gründen, von von sich aus zu dispensiren, mit Ausnahme der" durch den N. U. v. 16. August 1807 „der Allerhöchsten Ent-

138) Dahin gehört eigentlich bloß die Ehe oder Blutschande zwischen Geschwistern (v. 17); denn die übrigen mit Todesstrafe bedrohten Fälle gehören der Schwägerschaft in gerader Linie an, namentlich die Ehe mit der Stiefmutter (v. 11) und der Stieftochter (v. 14); mit der Schwiegermutter (v. 14) und der Schwiegertochter (v. 12). Dagegen wird die Ehe oder Blutschande mit der Mutter- oder Vaterschwester (v. 19), mit der Frau des Vatersbruders (v 20) und mit des Bruders Frau (v 21) zwar verboten, jedoch nicht mit dem Tode bestraft.

scheidung vorbehaltenen Fälle" (der Heirath des Onkels mit der Nichte und in ähnlichen Graden), von welchen die Geistlichen nach aller Möglichkeit abrathen sollen; wo jedoch, bei einer dennoch nöthig gewordenen Vorstellung, jedesmal alle für das Gesuch anzuführenden Gründe, nebst des Consistoriums ausdrücklicher Meinung, zugleich mit zu unterlegen sind. „——— 3) Sämmtliche Consistorien zu verpflichten, über jede Dispensation mir Bericht abzustatten, damit ich meinerseits über deren Verfahren in dieser Beziehung wachen könne. 4) Bei einer Meinungsverschiedenheit der Glieder die Sache mir vorzustellen, um sie durch das Comité der Herren Minister Sr. Majestät zur Allerhöchsten Entscheidung zu unterlegen[139]. 5) Uebrigens gelten alle diese Bestimmungen nur interimistisch, bis zur Organisation des Generalconsistoriums, bei welcher auch für die Ehedispensationen bleibende Regeln festgestellt werden sollen."

Wiewohl der in diesem ministeriellen Befehle aufgestellte Gesichtspunkt, aus welchem die Dispensabilität der Ehen beurtheilt werden sollte, nicht eigentlich als Gesetz gelten konnte[40]), so mußte er doch für die Consistorien um so mehr zur Norm werden, als er auf das Mosaische Recht gegründet ist, welches in unseren Pro-

---

139) Dies wurde bald darauf, durch den Allerh. bestätigten Beschluß des Ministercomité vom 29. April 1824, dahin abgeändert, daß bei Meinungsverschiedenheit unter den Gliedern der Consistorien Stimmenmehrheit entscheiden, und eine weitere Unterlegung der Sache nicht erforderlich sein solle.

40) S. oben Anm. 137.

vinzen stets als Entscheidungsquelle in dieser Lehre angesehen worden war. Freilich fragt es sich, in wie weit die Kraft der übrigen in unseren Provinzen bis dahin geltend gewesenen, in dem Befehl unberücksichtigt gelassenen Bestimmungen noch fortdauern sollten, namentlich hinsichtlich der Gränze der Ausdehnung der Verbote in der geraden Linie der Schwägerschaft auf die entfernteren Gattungen der letzteren: denn auch die in dem ministeriellen Befehle ausgesprochene Ansicht, daß in gerader Linie der Schwägerschaft alle Ehen bis ins Unendliche indispensabel verboten seien, brachte diese besonders wichtige Frage der Entscheidung nicht näher. Es mußte dieses der im § 5 des Befehls verheißenen Feststellung peremtorischer Regeln über Ehedispensationssachen vorbehalten bleiben, welche jedoch nicht einzeln, sondern in der allgemeinen neuen Gesetzgebung für die Evangelisch-Lutherische Kirche in Russischen Reiche vom J. 1832 erfolgte, und daher in der folgenden, dogmatischen Abtheilung dieser Abhandlung darzustellen sein wird.

(Schluß folgt.)

V.

Noch etwas über die Veräußerung des Pfandes durch den Schuldner nach Esthländischem Landrecht.

Von dem Herrn Gouvernements-Procureur Dr. C. J. A. Paucker in Reval.

Um nicht einem Mißverständnisse über die Praxis in Esthland hinsichtlich der Veräußerung des Pfandes durch den Schuldner in Beziehung auf meine dem Herrn Hofrath von Madai hierüber gemachten Mittheilungen [1]) Raum zu geben, sei es mir vergönnt, seiner eben so gelehrten als scharfsinnigen Erörterung über den Art. 11 Tit. 6 Buch 4 des Esthländischen Ritter- und Landrechts noch einige Worte hinzuzufügen. Zum richtigen Verständniß dieses Artikels nämlich scheint mir zuförderst auch dessen Zusammenhang mit dem ihm unmittelbar vorhergehenden und nachfolgenden Artikel nicht übersehen werden zu dürfen. Sie lauten folgendermaßen:

Art. 10. Da jemand an einen für eine gewisse Summa Geldes ein unbeweglich Gut verpfändlich versetzt, derselbe mag folgends die Uebermaße, was es mehr werth und besser ist, als die vorige Schuld, einem Andern auch verpfänden, doch daß er dem andern oder letzten Gläubiger bei der Entlehnung die vor-

1) S. oben S. 95.

her beschehene Verpfändung ausdrücklich anmelde; würde er aber mit gefährlicher Verschweigung, daß solch Gut an einen Andern vorher auch versetzt sey, einen oder mehr darein gleichfalls versichern und die letzten dadurch betriegen und in Schaden führen, so soll derselbe, der also gehandelt zu haben befunden wird, an Leib und Ehren gestraft werden.

Art. 11. So ist auch keiner bemächtiget, das einem Andern zu Pfande verschriebene Gut vor der Einlösung, ohne des Pfandherrn Wissen und Willen zu verkaufen. Hätte aber der Debitor das verschriebene Pfand einem Andern arrendsweise eingethan, ist er schuldig, dasselbe unsäumlich wieder zu freihen und bis zu geleisteter völliger Bezahlung an Capital und Renten dem Gläubiger zu liefern. (Uebrigens aber mit dem Arrendator sich abzufinden und ihn schadlos zu halten, — wie die Revidenten des Ritter- und Landrechts am 7. Septbr. 1750 hinzuzufügen für nöthig hielten.)

Art. 12. Dagegen sollen auch diejenigen, sie seyn edel oder unedel, Bürger oder Bauern, so Wucher oder Geitzes halben denen Unvermögenden auf ihre Güter, die zuvor Andern verschrieben seyn, Gelder vorstrecken, dieselben unerkündiget oder wissentlich sich verpfänden lassen, und sich also in eines Andern Pfand dringen, ihres ausgeliehenen Geldes verlustig seyn.

Der nahe innere Zusammenhang dieser drei Artikel ist augenfällig: das Gesetz will, seit es üblich geworden,

statt des frühern Versatzes von unbeweglichem Gut, solches auch bloß als Pfand zu verschreiben, dem Betrug vorbeugen, der dem Pfandnehmer gespielt werden kann, indem er, ohne von der frühern Verpfändung zu wissen, Geld auf das Pfandgut darleiht, oder den ein Pfandnehmer dem andern spielen möchte, indem er sich das dem Andern verschriebene Pfand nochmals verschreiben und wohl gar zugleich besitzlich einräumen läßt. Zu einer dritten Art des Betrugs rechnet das Gesetz denn auch, wenn der Verpfänder das seinem Gläubiger verschriebene Gut, ohne dessen Wissen und Zustimmung, verarendirt oder gar heimlich verkauft. In diesem letztern Fall ist der Verpfänder für seinen Betrug ohne Zweifel eben so an Leib und Ehren zu strafen, wie wenn er durch Verschweigung der frühern Verpfändung seinen Gläubiger betrogen und in Schaden gebracht hat; bei Verarendirung des verpfändeten Guts aber ist nur dieses Arendeverhältniß sofort wieder aufzuheben, und das Pfandgut dem Gläubiger, bis er an Capital und Renten befriedigt worden, auszuliefern, während im Gegentheil beim Verkauf des verpfändeten Guts, wenn der Käufer in gutem Glauben und das Gut schon übergeben war, der Kauf wohl bei Kraft und Würden erhalten werden, Verkäufer ihm aber die Gewähr dafür leisten und den frühern Pfandgläubiger anderweitig entschädigen mußte, bei Gefahr sonst an Leib und Ehren gestraft zu werden. Art. 10 spricht ausdrücklich nur von der Verpfändung eines „unbeweglichen Guts“; Art. 11 nennt das-

selbe „das einem Andern zum Pfande verschriebene Gut“ und den Gläubiger einen „Pfandherrn“ und auch Art. 12 redet nur von „Gütern, die zuvor Andern verschrieben seyen“, in deren Pfand der Wucherer sich eindrängen wolle. Es scheint daher kaum zweifelhaft sein zu können, daß das Gesetz in allen drei Artikeln nur die Verpfändung unbeweglichen Guts im Sinne gehabt hat, das ohne des Pfandherrn Vorwissen und Genehmigung weiter verpfändet, verkauft oder doch verarendirt worden, oder das ein neuer Creditor, zum Nachtheil des frühern, heimlich als Pfand sich hat verschreiben und versetzen lassen. In allen diesen Fällen sollte nur dem Betrug gewehrt, und Treu und Glauben aufrecht erhalten werden. Bei Verpfändung eines beweglichen Guts wurde dieses zugleich als Faustpfand dem Gläubiger übergeben, und konnte dabei weder von einer Verschreibung und Besiegelung darüber, noch von einem Betruge durch weitere Verpfändung oder Verkauf des Pfandes die Rede sein, da der Gläubiger, im Besitze des Pfandes, weder eines Documents über seinen Besitz bedurfte, noch vor seiner Befriedigung zur Auslieferung seines Pfandes angehalten werden durfte.

Die Ansicht der Praxis in Esthland, welche auch den Art. 11 nur auf verpfändetes unbewegliches Gut bezieht, ist daher meines Erachtens nicht ohne genügenden Grund, und läßt sich auch wohl rechtshistorisch ihre tiefere Bedeutsamkeit nachweisen. Denn zur Zeit des Entstehens unsers Gesetzes zu Ende des 15ten Jahr-

hunderts, wie ich darthun werde, bildete der Grundbesitz des Adels noch die alleinige Grundlage alles Creditwesens in Liv- und Esthland[2]), und wurden daher Gesetze nothwendig, welche dem Gläubiger, der auf die im Grundbesitz seines Schuldners liegende Sicherheit sein Geld dargeliehen und hierüber Brief und Siegel empfangen hatte, im Vertrauen auf diese aber die besitzliche Einräumung des ihm verpfändeten Guts von seinem Schuldner nicht fordern mochte, auch hinreichend schützten, falls dieser unredlich sein Gut später noch Andern verpfändete, und entweder diese hinterging, indem das frühere Darlehn den Werth des Gutes schon erschöpft hatte, oder jene betrog, indem er das ihnen verpfändete Gut dem Andern zum Besitze pfandweise übergab. Um solch einem Betruge vorzubeugen und Treu und Glauben im täglichen Verkehr aufrecht zu erhalten, mußte wenigstens Schande und Ehrlosigkeit den Betrüger treffen, wenn ihn die Strafe des Gerichts an Leib und Leben verschonte. Das war die damalige Rechtsansicht, der unser Gesetz seine Entstehung verdankte. Denn wenn schon Herr v. Madai a. a. O. S. 83, trotz des Citats unter dem Art. 11 aus dem Römischen Recht, wegen des von diesem ganz abweichenden Inhalts zugesteht, daß dieses Gesetz im Corp. iur. civilis seine Quelle nicht findet, so können wir wohl hoffen, solche in unserm einheimischen Gewohnheitsrechte desto sicherer zu ent-

2) S. v. Helmersen's Geschichte des Livländischen Adelsrechts S. 358.

decken. Denn hierauf führen uns die dem vorhergehenden und nachstehenden Art. 10 u. 12 untergestellten Citate. Zwar sind auch dem Art. 10 Citate aus dem Römischen Rechte und namentlich aus dem 13ten Buche und 7ten Titel dieselbe L. 36 § 1 (in Ewers' Ausgabe des R. u. LR. steht unrichtig § 2), welche das zweite Citat zum Art. 11 ausmacht, zum Belege dafür beigefügt, daß die betrügliche Verschweigung früherer Verpfändung einer zum Unterpfand verschriebenen Sache als Verbrechen des Stellionats angesehen und bestraft werden soll. Auch wird Joh. Harpprecht's Comment. in Tit. Institutionum: de iudiciis publicis. Francof. 1599. 8.[3]) allegirt, der den § 7 Instit. IV. 18, worin nach der Lex Cornelia de falsis für das Verbrechen der Fälschung eines Testaments oder einer andern Urkunde und für Verfertigung falscher Siegel bei Freien die Strafe der Deportation, bei Sclaven aber die Todesstrafe angedroht wird, ohne Zweifel auch auf den Betrug bei Verpfändung einer Sache, ohne Anzeige ihrer früheren Verpfändung, ausgedehnt hatte. Allein zur Zeit, da unser Artikel 10 bei uns in seinem ersten Ursprunge Gesetz ward, war hier wohl weder das crimen stellionatus, noch die Lex Cornelia bekannt, geschweige denn eines oder das andere auf unser einheimisches Criminal- oder gar auf unser einheimisches Privatrecht von irgend einem,

3) Vgl. v. Bunge's Geschichte und Quellen der Esthl. Ritter- u. Landrechte S. 139 in seinen Beiträgen zur Kunde der Liv-, Esth- u. Curländischen Rechtsquellen. Riga u. Dorpat 1832. 8.

auch nur dem geringsten Einfluß; und beide Citate sind daher offenbar nicht die Quellen unsers Art. 10, sondern ihm nur zur Ausschmückung und zum größern Ansehen bei den zu Philipp Crusius' Zeit auch hier schon immer häufiger werdenden Civilisten, hinzugefügt, daher sie auch zur Aufklärung unsers Gesetzes nicht das mindeste beitragen können. Dagegen führt uns das dritte und letzte Citat des Art. 10, und dies um so mehr, als es auch für den Art. 12 wiederholt worden ist, auf die wahre Quelle unsers Gesetzes: Moritz Brandis' Collectaneen und die Adels-Verwilligungen der Landtage von 1543 und 1587, die auch Brandis für die entsprechenden Gesetze in seinem Rechtsbuche anführt. Diese aber lauten im zweiten Buche Art. 26 also:

Lex 1. Wer zweene oder drey in Pfand verschreibet.

Wo befunden würde, daß welche Geld lehnen, undt zwo oder drey in ein Pfand versiegeln, die sollenn Leibes und ehrenloß nach inhalt der alten Receße erkündett und gehalten werden.

Lex 2. Wie es zu halten wan zween oder mehr in ein Pfandt verschrieben.

Erstlich sollen die Creditoren zwey oder mehr zusammentretten gütlicherweiß, deß guts darin verschrieben gelegenheit erkundigen, vndt, wie viell oder wenig deßelbigen, mit vleiß erforschen vnndt hirein durch vnparteische Leute rechtmeßigen wardiren laßen vnndt wan die Summa deß Guthes an gelde vberschlagen, sollen alßdan die Creditoren ein itzlicher

seine schultt dariegen stellen. Befindet sich dan, daß die Summa der Schulden mehr vndt höher alß die werderung deß verschriebenen Pfandes ist, Alßdan sollen ein itzlicher Creditor von seine Summa also bescheidentlich abkürtzen: wer hohe Summa hatt, soll darnach kürtzen: wer kleine Summa hat, soll geringer kürtzen, nach Advenant Daler gegen Daler, Marck gegen Marck, biß so lange die Schult der werdirung des Pfandes gleich werden. Alßdan soll es dem Jennigen, so die grösseste Summa darein behelt, Frey stehen, den oder die andern darauß zu lößen vndt beim Pfande allein zu bleiben, biß der Rechte Erbe ihn darauß lößen wirtt oder Ihme seine geldt Summa Jährlich verrenten. Wollt aber der Erbe den Creditorem außlösen, soll die bezahlung gescheen in solcher Münze oder derselben wehrungh, alß das Datum der Obligation Innehelt rc.

Daß hier nur von dem Concurs der Gläubiger in einem unbeweglichen Vermögen die Rede ist, und daß im ersten Gesetz nur von der betrüglichen Verschreibung eines und desselben Pfandguts an verschiedene Creditoren mit arglistiger Verschweigung der anderweitigen Verpfändung, im Gegensatz zu dem im zweiten Gesetz präsumirten Concurs einander bekannter Gläubiger, die alle gleiche Rechte an dem Pfandgute haben und daher auch gleichmäßige Kürzung ihrer Forderungen sich gefallen lassen müssen, — gehandelt wird, das scheint wohl nicht erst bewiesen werden zu dürfen, da der Inhalt beider Gesetze keinen Zweifel darüber zuläßt, indem man Brief und

Siegel über ein verpfändetes bewegliches Gut zu jener Zeit wohl eben so wenig verlangen und erhalten mochte, als sich ein Concurs von Creditoren an einer beweglichen Sache denken ließ, da solche dem Pfandnehmer allemal auch wirklich abgegeben oder versetzt werden mußte, damit er sein Pfandrecht daran geltend machen könnte. Lex 2 ward auf dem zu Reval 1587 gehaltenen Landtage als allgemeine Beliebung der Ritterschaft zum Gesetz erhoben, und dabei Lex 1 als die Grundlage desselben wiederholt bestätigt, da dieses Gesetz schon auf der von den Ständen zu Wolmar am Donnerstage nach Laetare 1543 festgesetzten allgemeinen Beliebung beruht, die wir in dem von Hupel N. N. M. St. VII und VIII S. 318 bekanntgemachten Landtagsschlusse finden, mit den Worten: „vnd wo befunden worde, dath welck Gelth lenen vnn twe edder dre mall in ein Pandt vorsegeln, de ßolen Liues vnd Ehren loß na Inholte der olden Receße erkandt vnd geholden werden".

Von den hier erwähnten alten Recessen aber ist nur bei Hupel N. N. M. St. XI und XII S. 371 ein Abspruch in Hochdeutscher Mundart aufbehalten, als „Beliebung in Gegenwärtigkeit Meister Johann Freytags von Loeringhoffe von der ganzen Ritterschafft der Lande Hargen vnd Wierland bewilliget zu Reval um Johannis Baptiste 1491: vndt wer zwei Brieffe in ein Pfandt versiegelt, den soll man richten an das Höchste."

Wenn hiemit der Ursprung unsers Art. 10 auf heimischem Grund und Boden zu Ende des 15ten Jahrhunderts nachgewiesen ist, so liegt dem folgenden hier in Rede stehenden Artikel 11 wenn nicht unmittelbar das

auch nur zum Theil hiehergehörige Erkenntniß des Oberlandgerichts vom Julius 1495, so doch mittelbar gewiß die darin ausgesprochene gleiche Rechtsansicht zum Grunde, weshalb ich jenes Urtheil aus dem sogenannten alten Protocoll, wo es unter Nr. 88 verzeichnet steht, hier mitzutheilen mir erlaube:

De her abbeth to padeß (wider) Clauß Denhoff.

Soe dann Klauß Denhoff beschuldegede den werdigen Herrnn abbeth dat he tegen de Vordracht gedann heuet de de werdigenn Hernn reuall Jerwenn vnde Weßenberghe vorsegelt vnde gedeinget hebben myt mer gudemannen alz dat de vordracht breff vthwyßet vnde nabrenget dat he Em nicht geffryeth hefft dat Doerp Haell Dar he vth gemysset heuet synt der vordracht tyns tegeden mith vnde alle rechtichevde ffürder beschuldiget vmme dat Doro Rappell dat he Em versegelt heuet myt sampt Dem ganßen Conuente dat pandt ffry vnuersath vnde vnuerpandeth alze Dat De pant breff na brengeth vnde Claus sick beklagede Em mer Dann to Ens gewalt Dar Inn geschenn were vnde hopede de her abbeth solde de gewalt beteren so vaken De geschenn were. Hirvp de werdige Hernn vnde achtbar radt Dyrkannt vnde affgesprokenn Hebben aldus ludende De her abbeth de sall Claus Denhoue wedder Querantwornn vnde Hantreken alens weß dat Doerp Haell gedann hefft ann korne gelde tyns tegendenn vnde waß deß dann iß Dat Clauß gemysset hefft synt der vordracht vnde ffurder vmme de gewalt vonn deme Doerpe rappell Dat Em de

her abbeth myt synem Conuente vorsegelt hefft vnde Clauß sick Deß beclaget Em wer dar vakenn gewalt Jnn geschenn Jede gewalt soll de her abbeth geldenn so vaken de Clauß Dar Jnn geschenn iß nach Dem Dat Dat pandt so ffrip nicht Eyn iß alz Em dat vorsegelt iß vnde iß plegende ffry to makende Dat suluige pant.

Hier nun ist derselbe Grundsatz ausgesprochen, der dem Nachsatz des Art. 11 zum Grunde liegt, daß Verträge gehalten und Brief und Siegel als Beweis der Verpfändung jedenfalls aufrecht erhalten werden, diejenigen aber, die dagegen gehandelt, den Schaden wieder ersetzen und das verpfändete unbewegliche Gut frei von Schulden, Kosten und Gravationen dem Gläubiger, dem dem sie es also verschrieben auch abliefern sollen. Dasselbe bezweckt aber auch der Eingang des beregten Artikels 11: „So ist auch keiner bemächtiget, das einem Andern zu Pfande verschriebene Gut vor der Einlösung, ohne des Pfandherrn Wissen und Willen zu verkaufen“; indem durch solchen heimlichen Verkauf der Pfandbrief widerrechtlich gebrochen, und der Creditor trotz Brief und Siegel um sein gegebenes Darlehn betrogen wurde, sobald das Pfandgut als Eigenthum in fremde Hände überging. Denn nur nach Römischem, nicht aber nach Deutschem und unserm einheimischen Rechte ging damals das Pfandrecht auch beim Verkauf des Gutes nicht verloren; nach unserm vom Römischen damals noch ziemlich unberührten einheimischen Rechte schloß vielmehr das Eigenthumsrecht des Käufers jedesmal die früheren Pfandrechte der Creditoren des Verkäufers, wenn er

solche nicht namhaft gemacht und der Käufer sie nicht freiwillig ferner hatte gelten lassen, völlig aus, und war eben daher ein solcher heimlicher Verkauf des Gutes ohne des Pfandherrn Wissen so schwer verpönt, daß wenigstens Ehrlosigkeit, wenn nicht zugleich Leibesstrafe, — beim Adel aber wohl nur Geldstrafe [4]) — Arrest oder Verbannung die unmittelbare Folge solchen offenbaren Betruges ward, in früherer Zeit sogar Lebensstrafe: das Richten an das Höchste. Und ganz aus demselben Grunde verordnet das R. und LR. B. IV. Tit. 11. Art. 8.

> Wer sein Gut zweyen Personen zu unterschiedener Zeit absonderlich verkauft, der begehet ein Falsum und soll an Ehr und Leib gestrafet werden.

Und übereinstimmend mit unserm Art. 11 schreibt das R. und LR. B. IV. Tit. 12. Art. 3 vor:

> In Veränderung Höfe und Güter soll der Verkäufer alle Schulden, die auf dem Gute, so verkauft wird, haften, dem Käufer nahmkundig machen, damit derselbe so viel von der Kauf-Summa einbehalte, dasselbe verrente oder ablege. Dabeneben ist der Käufer schuldig solches denenjenigen, denen die Schulden zukommen, binnen Jahr und Tag anzu-

---

4) Bei der Revision von 1750 wurde beliebt dem Schluß des Art. 10 hinzuzufügen: „nach Unterschied der Personen am Leib und Ehren gestraft werden", und wurde dabei das Urtheil in der Fabricius-Müllernschen Sache vom Jahr 1667 im Ober-Landgerichts-Prot. S. 267 angeführt, wo solch ein Betrug mit 100 Rhein. Goldgulden beahndet wurde. Vgl. Riesenkampff's Marginalien S. 549.

melden, damit sie wissen, wo sie ihre Bezahlung zu erwarten haben; thut es der Käufer nicht, so muß er sothane Schulden und allen Schaden stehen; ebenmäßig auch der Verkäufer, so er dem Käufer einige Schulden verschwiege und derselbe deswegen besprochen würde, oder in Schaden käme, all solche Schuld mit dem Schaden zu erstatten verpflichtet ist.

Hierdurch aber bestätigt sich die Ansicht des Herrn von Madai S. 88, daß unser Art. 11 mit dem Verbot der Veräußerung des Pfandes durch den Schuldner keineswegs die Nichtigkeit und Aufhebung des Kaufcontracts beabsichtigt habe, sondern nur Schaden und Nachtheil des Gläubigers zu verhüten getrachtet. Daß aber das Pfandgut länger als Jahr und Tag, d. h. jetzt nach Ablauf des auf solche Frist erlassenen Proclams [5]),

5) Dies war schon die Rechtsansicht hier um die Mitte des vorigen Jahrhunderts, welche sich bei Revision der Ritter- und Landrechte durch die nachstehende Veränderung des Art. 4 aussprach: „Werden einem Hof und Güter quitt und frey von allen Schulden verkauft und der Kauf wird nach vorhergegangenem gerichtlichem Convocations-Proclam innerhalb Jahr und Tag von niemanden besprochen, so mag derjenige, der eine Forderung an das verkaufte gerichtlich proclamirt gewesene Gut zu machen vermeint, nachgehends nicht mehr gehört, noch damit an das Gut zugelassen werden. Wäre aber jemand in weit entfernte Länder, die nicht unter die Bothmäßigkeit unserer hohen Herrschaften gehören, und könnte bei seiner Rückkunft innerhalb Jahr und Tag mit Gewißheit darthun, daß er von dem Verkauf des Gutes, worauf seine Schuldforderung gehaftet, nichts gewußt, noch wissen können; so ist selbiger alsdann mit seinem An- und Beybringen annoch zu hören und zuzulassen". Nach Ablauf von Jahr

auch dem Pfand-Gläubiger, der sich zum Proclame nicht gemeldet, dem Käufer vielleicht weder bekannt, noch als Gläubiger von ihm anerkannt ist, nicht hafte, erweist der folgende Art. 4, nur mit Ausnahme für den Pfandgläubiger außer Landes, dem während seiner Abwesenheit die Evictionsfrist 3 Jahre läuft statt Jahr und Tag.

> Werden einem Hof und Güter quitt und frey von allen Schulden verkauft und der Käufer wird binnen Jahr und Tag von niemand besprochen, so muß derjenige, der einige Schuld auf dem verkauften und Jahr und Tag ruhig besessenen Gute zu fordern hat, sich an dem Verkäufer halten. Wäre aber jemand außerhalb Landes, so muß er seine Schuld von dem (Ver)Käufer binnen dreyen Jahren fordern; geschiehet es nicht binnen dreyen Jahren, so ist das Gut und der Käufer von solcher Ansprache frey und muß der Creditor seine Schuld bey dem Verkäufer suchen.

Auch diese beiden Artikel beruhen nur auf unserm einheimischen Gewohnheitsrechte, wie die Berufung in den Citaten auf die Adelsverwilligung von 1543, — statt dessen die Revidenten von 1750 hier den Vertrag zwischen der Ritterschaft und der Stadt Reval de Anno 1543 allegirt haben, — auf ein Urtheil vom 20. Juli 1620 und

---

und Tag aber ging, wenn er sein Pfandrecht am Gute nicht angezeigt und geltend gemacht, dies gänzlich verloren, und konnte er sich mit seiner Forderung nur noch an den Verkäufer halten.

auf Brandis Collectaneen [6]) über die Gewährung verkaufter Güter, unstreitig darthun. Auch sie, die mit den oben erwähnten Art. 10—12 Tit. 6 so wesentlich zusammenhängen, beurkunden die hiesige Rechtsansicht im 15ten und 16ten Jahrhundert, aus der sie hervorgegangen, unumstößlich, und geben einen Beleg mehr dafür, daß auch im Art. 11 Tit. 6 nur vom Verkauf eines verpfändeten unbeweglichen Gutes die Rede ist, wie schon oben dargethan wurde.

Es steht aber dies mit den Artikeln 21 bis 25 des 6ten Titels, welche das gesetzliche Pfandrecht an beweglichem und unbeweglichem Vermögen bei Miethe, Pacht, Brautschatz und bei Verwendung des Darlehns auf Ankauf oder Reparatur und Melioration eines Hauses oder Gutes nach Römischem Rechte bei uns einführen, so wenig in Widerspruch, als überhaupt das jetzt durch die Ritter- und Landrechte bei uns mit einander verschmolzene einheimische Recht mit dem Römischen als in der Anwendung sich widersprechend angesehen werden kann, wenn es auch in seinem Ursprunge noch so sehr davon abweichen mochte. So wie Ph. Crusius in der Mitte des 17ten Jahrh. die in der Meinung der Juristen damals gewiß noch viel schroffer einander entgegenstehenden Bestimmungen des einheimischen Gewohnheitsrechts ohne alles Bedenken unmittelbar neben die aus einem

---

6) B. II. Art. 24 L. 4. Wer Guth verkaufft oder versetzt, der soll dem jenigen gewehren des Gutes vor itzlich Ansprach Jahr und Tag, daran die Vorworte und die man beweisen mag, denn Vorworte brechen alle Rechte. S. Waldemar-Erichsches Lehnrecht bei Ewers § 25.

ganz andern Geiste hervorgegangenen Vorschriften des Römischen Rechts hinsetzte, so hat auch eine darauf folgende bald 200jährige Praxis sie ruhig neben einander jedes in seiner Art bestehen lassen, und jedes in seinem Geiste angewandt, wie hier die Art. 10—12 im Sinne des alten Gewohnheitsrechts, und die Art. 21—25 im Sinne des Römischen Rechts, dem sie entnommen sind. Da zur Zeit des ersten Ursprungs jener ersten bei uns gesetzlich gewordenen Bestimmungen hier noch das alte Recht hinsichtlich der Verpfändung des beweglichen Gutes galt, daß solches als Weddeschatz versetzt, oder als Faustpfand übergeben werden mußte, die Begriffe von Hypothek an beweglichem Gut und von einer universitas rerum und das gesetzliche oder stillschweigende Pfandrecht an den invectis und illatis des Miethers und an den vom Pächter erzielten Früchten rc. aber damals hier noch völlig unbekannt oder doch wenigstens in die Rechtsansicht jener Zeit hier noch keinesweges übergegangen waren, so erklärt es sich sehr leicht, daß sie auch von Crusius bei der Redaction der Art. 10—12 keinesweges berücksichtigt wurden, und er in diesen nur nach dem Sinn und den Worten der alten Rechte und Recesse von dem Betrug hinsichtlich des verpfändeten und verschriebenen, aber nicht übergebenen unbeweglichen Gutes spricht; im Art. 21 und 22 dagegen nur das Römische Recht im Auge hat und von dem beweglichen Vermögen des Miethers und Pächters spricht. In Beziehung hierauf kann es denn auch wohl keinem Zweifel unterworfen sein, daß nach dem Römischen Rechte auch bei uns von der verpfändeten

universitas rerum und dem ganz speciell verpfändeten beweglichen Vermögen einzelne Sachen unbeschadet der auf dem Ganzen ruhenden Hypothek verkauft werden können, sofern kein pactum de non alienando ausdrücklich das Gegentheil statuirt, und daß bloß der heimliche Verkauf einer speciell verfändeten Sache als furtum gilt, wenn der Verkauf nicht zum Besten und namentlich zur Befriedigung des Gläubigers geschehen ist.

Zum Schlusse sei uns noch erlaubt, auch die Urtheile des Oberlandgerichts, welche Ph. Crusius zur Bestärkung der erwähnten, von ihm nach dem hieselbst bestehenden Gewohnheitsrechte, redigirten Artikel angeführt, aus den betreffenden Oberlandgerichtsprotocollen mitzutheilen, da auch sie nur dazu beitragen können, die hierüber aufgestellte Ansicht zu rechtfertigen.

Vrteill 4. vom 5. Febr. 1617, zu R. u. LR. IV. 6, 12.

Der Königl. Maytt. zu Schweden Vnsers allerseits gnädigen rc., Wir erkennen in sachen zwischen den Edlen Achtbahren Ehrenvesten vndt wolgelartten Bernhard Helfreich Königl. Secretario gegen vndt wieder die Fraw Margaretha Sauerbach den Hoff vndt gutt Kerro belangend, für Recht vndt billich: Nachdeme beclagte durch vnrechten Bericht die Herren Richtere verleitet vnd sich in des Königl. Secretarii Bernhard Helfreichs Pfandgutt Kerro einweisen lassen, Alß soll sie schuldig seyn, dem Pfandherrn das gutt biß zu erlangung seiner erweißlichen Forderung zu reumen, vnd wegen dessen, daß sie sich in eines andern Pfand gedrungen in der Straffe, so deßfalls dieser Lande Rechte verordnen, verfallen vndt

S. Diedrich Mezstakenß Erben hiemit für Erben erkannbt sein V. R. W.

Vrteil 8. An. 1619 mens. Jul. zu R. u. LR. IV. 6, 11.

In Sachen des Ernuesten vndt wollweisen Herrn Johann Koch Clegern eins kegen vndt wieder den Edlen Ernuesten vndt Mannhafften Otto Wrangel den Jüngern zu Sage beclagten anders Theils Demnach Beclagter Otto Wrangell das dem Clegern verschriebene Pfandt einem andern arrendsweise auf eine gewisse Zeit eingethan, Also das ehr dasselbe vor verflossener Zeit selbst nicht mechtig, Imgleichen keinen einigen Termin entrichtet, Also soll Beclagter das Pfandt Clegern vnseumlich zu freien vndt die Termine laut dem Contract zunebenst der gebührlichen Rente der verfloßenen termine alse 6 pro Cento Jährliches zu erfüllen vndt zu refundiren schuldig, Was aber beweisliches darauf empfangen, soll den Clegern gute Bezahlung sein vndt an den terminis gekürtzet werden, Da aber nun ferner mangell gespühret vndt dem Contract kein begnuigen geschehen, auch Johann Koch dadurch das Pfandt wiederum antasten müste, Also soll Beclagter ihm das Pfandt, so gutt gleich alse ehr es empfangen, zu lieffern Pflichtig vndt verbunden sein, von Rechtswegen. Publicatum d. 12. Jul. Anno 1619.

Vrtheill 10 vom 12. Jul. 1620 zu R. und LR. IV. 12, 4.

Erkennen In Sachen der Edlen Viel ehr vndt Tugendtsahmen Frawen Elisabeth Tauben, des Edlen gestrengen Mannhafften und Ernuesten Herman Wran-

geis des Eltern Eheliche Hausfrawe Clegerinnen an einem kegen vndt wieder den Ernuesten vndt vornehmen Johann Möllern Beclagten anders theils vor billig vndt recht: Dannach Clegerinne in originali eine Pfandtverschreibung in das gutt Kundis lautend zu Recht produciret, Dagegen aber Johann Möller eingewandt, das ehr obgedachtes gutt von dem Edlen gestrengen Mannhafften vndt Ernuesten Herrn Philipp Scheding Königl. Reichs-Rath aufrichtiges Kauffs Quit vndt frey von allen Schulden an Sich gehandelt Immaßen auch vorwollerwenter Herr Philipp Schedingk ihn von aller dergleichen anforderung an allen orten vndt enden zu enthalten vndt Schadeloß zu halten sich lautt der Kaufzerten so ehr ebenmäßig in originali zu verlesen vberreichet, auch derogestalt klerlich befunden worden, verwillkohret, Also wird Beclagter Johann Möller von solcher anforderung vndt Clage leddig vndt loß erkandt, die Clegerinne aber damit an den Herrn Philipp Scheidingk remittiret von Rechts wegen vndt publicatum ut supra.

Dieses letztere Urtheil läßt wohl über die Rechtsansicht hier im Beginne des 17ten Jahrh. keinen Zweifel, welche das in Rede stehende Gesetz und die noch jetzt um die Mitte des 19ten Jahrh. in Esthland herrschende Praxis begründet, bei Adjudication der, laut corroborirter und proclamirter Kaufcontracte, auf des Käufers Namen in den öffentlichen Hypotheken- und Krepost-Büchern verzeichneten Landgüter und Landstücke nur die durch Ingrossation und Eintragung in jene öffentlichen Hypothe-

ken-Bücher bekannten oder durch förmliche Anmeldung im Laufe der Proclamfrist dem Gericht bekannt gewordenen, im Kaufcontracte nicht erwähnten Schuldforderungen und Pfand-Verschreibungen zu berücksichtigen, die sich später meldenden aber ihres Pfandrechts an dem mit ihrem Vorwissen verkauften Grundstücke verlustig zu erklären und mit ihrem persönlichen Rechte an den Verkäufer zu verweisen. Mittelbar aber wird hierdurch auch der erste Theil des oftérwähnten Art. 11 Tit. 6 bestätigt, daß nämlich der Verkauf des verpfändeten Gutes ohne Vorwissen des Pfandherrn nicht gestattet, und das Pfandrecht, sobald es dem Gericht vor Corroboration des Verkaufs bekannt geworden, bis zur Befriedigung des Gläubigers oder Vereinbarung desselben mit dem Käufer, aufrecht zu erhalten ist, und kann jenes Urtheil füglich als argumentum e contrario dafür dienen, indem in demselben gerade der entgegengesetzte Fall entschieden wird, da die Klägerin wissentlich den Verkauf des ihr zum Pfand verschriebenen Gutes geschehen lassen und sich erst nach dessen gültiger Vollziehung mit ihrer Forderung im Gerichte gemeldet haben mochte. Der zweite Theil unsers Art. 11 aber findet in dem zweiten hier mitgetheilten Urtheil eine eben so entschiedene Bekräftigung und Stütze der damaligen und durch jenes Gesetz noch jetzt hier geltenden Rechtsansicht, wie dem Art. 12 seine genügende Begründung in unserm einheimischen Gewohnheitsrechte durch das erste hier vorstehende Urtheil vom Jahre 1617 hinreichend nachgewiesen sein möchte.

VI.

Ueber die Verantwortlichkeit des Depositars nach Liv-, Esth- und Curländischem Rechte.

Von C. O. v. Madai.

In der Lehre vom Tragen der Gefahr in Vertragsverhältnissen folgt das einheimische Recht sehr verschiedenen, theils Römischen, theils Deutschen Principien. Namentlich weichen die Stadt- und Landrechte hier in mehrfacher Hinsicht von einander ab. In dem Nachfolgenden soll eine speciellere, in der Ueberschrift näher bezeichnete Frage aus dieser umfassenden und schwierigen Lehre, deren Gesammterörterung einer andern Gelegenheit vorbehalten bleibt, beantwortet werden. Wir betrachten dabei abgesondert die verschiedenen Stadt- und Landrechte unserer Provinzen.

§ 1.

Das Lübisch-Revalsche Recht.

Unter den Städten Esthlands hat sich bekanntlich in Reval, Hapsal und Wesenberg bis auf die jetzige Zeit der Gebrauch des Lübischen Rechts erhalten, während die übrigen kleineren Städte in privatrechtlicher Hinsicht dem Esthländischen Landrechte unterworfen sind. Das Lübische Recht nun verordnet

B. III. Tit. 3. Art. 1. Giebt einer dem andern sein Gut zu bewahren, es sei was es wolle, dar-

vor kein Lohn, Stett- oder Tranckgeld gegeben noch gefordert wird, kommt es von abhanden durch Diebstall, Raub, Brandt, oder andere Zufälle, könnte alsdann derjenige, dem es vertrawet, daß er solch vertrawet Gut so trewlich bewahret hat als das seine, oder aber, daß er das seine mit verlustig worden, auff seinen Eid erhalten, so darff er darzu nicht antworten.

Bei völliger Unentgeltlichkeit des Depositums soll also der Depositar weder für heimliche oder gewaltsame Entwendung, noch für zufälligen Untergang der fremden Sache einstehen, wenn er beschwören kann, daß er auf dieselbe gleiche Sorgfalt wie auf die eigenen Sachen verwendet, oder daß er überhaupt zugleich mit der fremden, die eigenen Sachen eingebüßt habe. Dabei entsteht weiter die Frage, ob er außerdem den Beweis der Schuldlosigkeit an dem Verluste zu führen habe? Dies scheint nun keineswegs der Fall. Denn einmal erwähnt das Lübische Recht dessen nicht; sodann aber haben die in dem Art. 1 am Schlusse angegebenen Modificationen offenbar nur den Zweck, den Zweifel über die etwaige Existenz eines dolus des Depositars zu beseitigen. Ein solcher nämlich wird nicht angenommen werden können, wenn der Depositar den fremden Sachen gleiche Sorgfalt, wie den eigenen gewidmet, oder wenn er durch dieselbe Nachlässigkeit die eigenen mit den fremden Sachen zugleich verloren hat. Der Hauptsache nach sagt also unser Art. 1, der Depositar braucht für den Verlust der Sache nicht einzustehen, sobald er nur beweisen kann, daß dabei kein dolus von seiner Seite im Spiel gewe-

sen; und somit stimmt das Lübische Recht im Allgemeinen hier vollkommen mit dem Römischen Recht überein, denn auch dieses macht den Depositar nur für dolus [1]) (mit Einschluß der culpa lata, die ja „dolo aequiparatur") verantwortlich, und erklärt es dabei gleichfalls für dolus, wenn der Depositar „minorem alienis, quam suis rebus diligentiam praestabit" [2]). Als eine Besonderheit muß jedoch betrachtet werden: 1) die Eidesleistung, die sich indeß hinreichend aus der Bedeutung des Eides in dem älteren Deutschen Recht als vorzugsweise üblichen Beweismittels, erklärt, und 2) die aus dem gleichzeitigen Verlust der eigenen Sachen des Depositars hergeleitete Präsumtion der Abwesenheit eines dolus desselben. Das ältere Deutsche Recht scheint indeß etwas strengeren Grundsätzen gefolgt zu sein. Sowohl ältere Deutsche Volksgesetze [3]), als der Sachsenspiegel [4]) verlan-

---

1) L. 1 § 8 u. 47 D. depositi (16, 3); L. 5 § 2 D. commodati (13, 6); § 3 I. quibus modis re contr. oblig. (3, 15). — L. 1 D. si mensor falsum modum (10, 6): lata culpa plane dolo comparabitur. — Ueber den Unterschied des depositum vom mandatum custodiae vgl. Hasse, die Culpa des Römischen Rechts § 94. S. 486 u. 2te Aufl. S. 368 ff.

2) L. 31 D. depositi (16, 3).

3) Lex Wisigothorum. V. 5. 1. — Si quis caballum, vel bovem, aut quodlibet animalium genus ad custodiendum susceperit — — — quod si ille, qui nullum placitum pro mercede susceperat, rem mortuam esse probaverit, nec ille mercedem recipiat, nec ab illo aliquid requiratur. Ea tamen ratione, ut praebeat sacramentum ille, qui commendata susceperat, quod non per suam culpam, neque per negligentiam, animal morte comsumptum sit, et nihil cogatur exsolvere. — Fast wörtlich übereinstimmend damit ist die Lex Baiuvariorum tit. XIV. c. 1 u. 2.

4) Sachsenspiegel B. III. Art. 5. § 3. Svelk man deme anderen sin gut dut to behaldene, wirt it yme verstolen, oder af-

gen von dem Depositar den Eid der eigenen Schuldlosigkeit an dem Verluste der fremden Sache. Ja, der s. g. vermehrte Sachsenspiegel, oder das Rechtsbuch nach Distinctionen, verwirft ausdrücklich die Ansicht, daß der Depositar frei werde, wenn er gleichzeitig mit den fremden, die eigenen Sachen verloren [5]); während das aus dem Hamburger Stadtrecht vom Jahre 1270 vermehrte Lübische Stadtrecht zwar die Entschuldigung des gleichzeitigen Verlustes der eigenen Sachen dem Depositar zuläßt, aber nur, wenn er außerdem beschwören kann: „dat yd is ane syne schult ghescheen" [6]). Es

---

gerouet, oder verbrannt, oder stirft it, of it ve is, he ne darf dar nene not vmme liden, darn he dar sin recht to dvn, dat it ane sine scult geschin si.

5) Das Rechtsbuch nach Distinctionen (Ausg. von Ortloff) B. IV. c. 42. dist. 18: Etliche sprechen, vorlore eyn mann das sine darmede, so en dorffte her ieme daz sine nicht gelden; vorlore he abir daz sine nicht, so muste her is gelden. Daz is nicht recht; wan der dip allewege in furchten unde in flucht ist siner dube, daz her nempt waz ome gefolgen mag, daz her is nicht zcumole enweg brengen mag, worumbe sulde he grosszen schaden nemen? Waz hulffe eynem daz, daz her das sine ouch vorlore? — Aus diesen letzteren Worten ergiebt sich, daß hier offenbar der Grund, warum der Depositar beim gleichzeitigen Verlust der eigenen mit der fremden Sache von aller Verantwortlichkeit frei wird, nämlich die daraus entstehende Präsumtion der Abwesenheit eines dolus des Depositars, durchaus verkannt worden ist.

6) Hach, das alte Lübische Recht, Codex III. Th. II. Art. 404. (S. 546.): So welk manne deme anderen syn gud deyt to beholdende vnde dat eme verstolen wert offte aff gherouet offte ghebrannt wert, offte verlust he syn gud dare mede vnde dar he vp den hilghen waren, dat he dat syn dar mede verlooren heeft, vnde dat yd is ane syne schult (al. synen dank) ghescheen, he en schal dar nene schult offte not vmme lyden, vnde is dat ve efte quyck vnde sterft dat deme id to holdende gedan is offte was

möchte demnach dem jetzt geltenden revidirten Lübischen Stadtrecht, nicht ohne Grund, der Vorwurf einer Hinneigung zum Römischen Recht gemacht werden können.

Wie aber nun, wenn der Depositar für die Aufbewahrung der Sache wirklich Lohn empfängt? Ist er auch dann, und in welchem Umfange, für den zufälligen Untergang verantwortlich? Das Lübische Recht giebt uns hierüber keinen unmittelbaren Aufschluß, denn unser Art. 1 cit. handelt ja ausdrücklich nur vom unentgeltlichen Depositum. Zwar wollen Manche [7]) auf mittelbarem Wege, durch Anwendung des argumentum e contrario, zu dem Resultat gelangen, daß bei verabredetem Bergelohn der Depositar nach Lübischem Recht schlechthin das periculum rei tragen müsse, indem ihm ja nicht die, im citirten Art. 1 erwähnten Modificationen jener Verbindlichkeit zu Gute kämen. Allein zweierlei steht dieser Ansicht entgegen: 1) die Mißlichkeit des argumentum e contrario überhaupt, 2) die Unrichtigkeit des mit seiner Hülfe aus unserm Art. 1 gezogenen Schlusses. Sagt nämlich, wie oben dargethan worden, dieser Art. 1 lediglich, daß bei dem unentgeltlichen Depositum der Depositar nur dolus (mit Einschluß der lata culpa) vertrete, so kann sowohl daraus gefolgert werden, daß entgegengesetzten Falls der Depositar für levis culpa, als auch daß er dann für den casus einzustehen habe, denn als Gegensatz zum

---

he en schal dar nene not vmme lyden, dar he dat sweren, dat yd ane syne schult sy dot bleuen.

7) Vgl. v. Bunge, das Liv- und Esthländische Privatrecht. B. III. Tit. 3 § 211. Anm. i.

dolus kann eben so sehr die Vertretung der levis culpa, als die Verantwortlichkeit für den casus betrachtet werden. Bei solcher Unsicherheit des Schlusses, muß die Anwendung des argumentum e contrario in unserm Falle gänzlich verworfen werden. Kann demnach die Entscheidung unserer Frage aus dem Lübischen Recht selbst nicht entlehnt werden, so ist weiter zu untersuchen, ob diese Lücke aus dem Römischen, oder aus dem Deutschen Recht zu ergänzen sei, die beide als Subsidiarrechte in den genannten Städten Esthlands, neben dem Lübischen Recht, zur Anwendung kommen. Erwägen wir dabei zuförderst die verschiedenen Folgen der Anwendung des einen wie des andern dieser Rechte auf unsern Fall.

1) Nach Römischem Recht haftet der Depositar, der für die Aufbewahrung der Sache Lohn empfängt, außer für dolus und lata culpa, auch noch für levis culpa. [8]) Das Depositum ist durch die vorhergegangene Verabredung eines Lohnes in einen Miethvertrag, oder, fehlt es an Festsetzung der merces, in einen Innominatcontract, etwa facio ut des, übergegangen. [9]) Dahinge-

---

8) L. 5 § 2 D. commodati (13, 6): Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum, in deposito ... nisi forte et merces accessit; tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur. Cf. L. 1 § 10 D. depositi (16, 3).

9) L. 1 § 9 D. depositi (16, 3): Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistrinum, si quidem merces intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto ... Quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit: sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio. Vgl. auch L. 1 § 8 D. eod.

gen den casus trägt auch hier der Depositar nicht. Gleichwohl ist der Unterschied zwischen dem entgeltlichen und unentgeltlichen Depositum nicht so unbedeutend, als er vielleicht danach beim ersten Anblick erscheinen mag. Denn da das Römische Recht die Entwendung einer Sache und deren Vernichtung durch Feuer, der Regel nach wenigstens nicht als zufällige, vielmehr als durch Unachtsamkeit verschuldete Ereignisse ansieht [10]), so muß beim entgeltlichen Depositum der Depositar für das furtum und incendium einstehen, wozu er bei dem unentgeltlichen, so lange nicht dolus im Spiel ist, nicht verpflichtet ist.

2) Auch in den älteren Deutschen Volksgesetzen wird ausdrücklich unterschieden, ob der Depositar für die Bewahrung der Sache einen Lohn empfängt oder nicht, derselbe aber im ersteren Falle sogar für den zufälligen Untergang verantwortlich gemacht. [11]) Auffallend dabei

10) Arg. L. 52 § 3 D. pro socio (17, 2): Damna, quae imprudentibus accidunt, hoc est, damna fatalia, socii non cogentur praestare ... quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est: quia custodiam debuit praestare. Dasselbe Resultat ergiebt sich daraus, daß der Commodatar, der ja für omnis culpa haftet, auch für die Entwendung der Sache einstehen muß, und deshalb selbst die actio furti hat. L. 10 § 1 D. commodati (13, 6). Daß das incendium der Regel nach als durch culpa veranlaßt zu betrachten sei, sagt ausdrücklich L. 11 D. de periculo (18, 6): Si vendita insula combusta esset, cum incendium sine culpa fieri non possit, quid iuris sit etc. Vgl. auch L. 3 § 1 D. de officio praefecti vigilum (1, 15).

11) Lex Wisigothorum V. 5 C. 1: Si quis caballum, vel bovem, aut quodlibet animalium genus placita mercede ad custodiendum susceperit: si id perierit, alium eiusdem meriti, ille qui commendata vel commodata susceperit, exsolvat: si tamen

ist freilich, daß, namentlich in der Lex Wisigothorum, diese Bestimmung, als aus dem Römischen Recht entlehnt, bezeichnet wird, so daß dabei nicht unwahrscheinlich ein Mißverständniß zu Grunde liegt. Die Verbindlichkeit nämlich des Depositars nach Römischem Recht, bei empfangenem Bergelohn auch für das furtum rei und das incendium als Ausfluß der Vertretung jeglicher culpa einzustehen, sahen die Verfasser jener Volksgesetze irrthümlich als eine Folge der praestatio periculi an, und bürdeten so dem Depositar im erwähnten Falle schlechthin die Verpflichtung zum Ersatz für jeden zufälligen Untergang der Sache auf. Allein weder jene obige Unterscheidung der älteren Volksgesetze, noch die daran geknüpften Bestimmungen, sind in irgend eine der späteren Deutschen Rechtsquellen übergegangen. Diese begnügen sich entweder (wie der Sachsenspiegel, das Rechtsbuch nach Distinctionen, die Augsburger Statuten, und der Codex des Hamburger Rechts von 1270) damit, das depositum schlechthin, oder (wie das revidirte Lübische Stadtrecht) mit dem ausdrücklichen Zusatze „davor kein Lohn, Stett- oder Tranckgeld gegeben worden“ zu erwähnen; wahrscheinlich weil unter steigendem Einfluß des Römischen Rechts immer mehr die Ansicht sich fest-

mercedem fuerit pro custodia consecutus ... Auch hier ist fast wörtlich übereinstimmend die Lex Baiuvariorum tit. XIV. c. 1. Nicht unwichtig ist, daß in beiden Volksgesetzen das Depositum, selbst wenn für die Aufbewahrung der Sache ein bestimmter Lohn verabredet worden, gleichwohl noch als depositum anerkannt wird, während in späterer Zeit immer mehr die Ansicht Eingang fand, daß durch Festsetzung eines Lohnes das Depositum in ein Miethsverhältniß übergehe.

setzte, daß bei verabredetem Bergelohn das Depositum den Character eines Miethvertrages annehme. Wie es nun aber in solchem Falle mit der praestatio periculi nach Deutschem Rechte stehe, scheint mehr als zweifelhaft. Die von Albrecht aufgestellten Grundsätze über das Tragen der Gefahr in Vertragsverhältnissen reichen, einstweilen selbst abgesehen davon, daß deren Richtigkeit mancherlei Zweifeln unterliegt [12]), nicht aus, da das entgeltliche Depositum sich unter keinen der von Albrecht aufgezählten Fälle bringen läßt. Eben so wenig Rath gewähren die Hand- und Lehrbücher über Deutsches Recht, in denen sämmtlich unsre Rechtsfrage mit Stillschweigen übergangen wird. So müssen wir denn

---

12) Albrecht stellt in seiner Schrift über die Gewere S. 135 folgende Sätze, als leitende Grundprincipien in der Lehre von dem Tragen der Gefahr, auf: 1) Derjenige, welcher Kraft eines Vertrages eine fremde Sache besitzt, ist von dem Casus frei, wenn der Vortheil des Vertrages lediglich auf Seiten des Gebers ist, wie z. B. bei dem reinen Depositum. 2) Dahingegen trägt er den Casus so, daß er die verlorene Sache vollständig ersetzen muß, wenn er unentgeltlich die Vortheile des Gebrauchs und Genusses derselben hat. 3) Falls aber der Geber aus der Ueberlassung der Sache an den Andern einen Gewinn zieht, so treten die Grundsätze des ersten Falles ein: der Besitzer trägt nicht die Gefahr. Zwischen den beiden ersten Fällen in der Mitte liegt das Faustpfand; der Gläubiger hat nicht die Vortheile des Gebrauchs und Genusses, aber die Custodia, die er übernimmt, gereicht nicht bloß dem Verpfänder, sondern ihm selbst zum Vortheil, und so läßt das Deutsche Recht auch in Bezug auf die Uebernahme der Gefahr einen mittleren Grundsatz eintreten: jeder trägt die Gefahr seines Interesses an der Sache; dem Verpfänder geht mit der Sache sein Eigenthum, dem Gläubiger seine Schuldforderung zu Grunde. — Die nähere Prüfung dieser Theorie behalte ich einer anderen Gelegenheit vor.

hier proprio Marte einherschreiten. Mir scheint es, daß das Deutsche Recht das Tragen der Gefahr einer fremden Sache nicht allein und vorzugsweise (wie Albrecht behauptet) davon abhängig gemacht habe, wer Vortheil aus dem Besitz der Sache ziehe, sondern zugleich davon, zu welchem Zweck der Besitz übergeben worden. Ist dieser gerichtet auf die custodia, so trägt der Besitzer, wenn er zugleich Vortheil aus dem Besitze hat (vielleicht in Folge der schon oben gerügten Verwechselung der Begriffe von levis culpa und casus), den zufälligen Untergang, nicht aber wenn die Absicht der Besitzübertragung vorzugsweise in der Einräumung des Gebrauchs und der Benutzung der Sache liegt. Aus diesem Grunde trifft z. B. den Miether das periculum rei nicht [13]). Der bloße Vortheil aus dem Besitze würde hier nicht entscheiden, da beide Parteien, Miether wie Vermiether, Gewinn aus dem Geschäfte ziehen. Bei dem unentgeltlichen depositum findet zwar Besitzübertragung Behufs der custodia statt, aber es fehlt an dem zweiten Requisit der Verantwortlichkeit für den casus, nämlich dem Vortheil des Besitzers aus dem Besitz. Der Handwerker, dem eine Sache zum Verarbeiten gegen Lohn übergeben worden, hat dadurch nicht allein Vortheil, sondern zugleich die custodia übernommen, und somit steht er ganz recht für den zufälligen Untergang

---

13) Ausdrücklich bestimmt dies das Lübische Recht im B. III. Tit. 8 Art. 4: „Wer ein Pferd vmb Geld mietet, obwol dasselbige einen Schaden bekömpt, er sei, wie er wolle, so darff er doch den Schaden nicht gelten, es würde ihm dann gestohlen, oder er selber verwahrlosete es."

ein. [14]) Das Commodat gewährt dem Commodatar zugleich Vortheil, und verpflichtet ihn, der Natur der Sache nach, zur custodia, daher auch zur praestatio periculi. [15]) Nach diesen Grundsätzen würde daher auch der Depositar, der für die Bewahrung Lohn empfängt, für den zufälligen Untergang Ersatz leisten müssen, denn bei ihm treffen die beiden oben aufgestellten Requisite, Uebernahme der custodia und Vortheil aus dem Besitze, zusammen.

Das Resultat der bisherigen Erörterungen ist also, daß beim entgeltlichen Depositum das Deutsche Recht den Depositar selbst für den casus verantwortlich macht; das Römische Recht dagegen nicht. Nun aber fragt sich, welches von beiden Principien gegenwärtig nach Lübischem Recht da, wo dieses selbst keine Bestimmungen aufzuweisen hat, in subsidium zur Anwendung gebracht werden müsse. Mevius entscheidet sich in seinem Commentar zum Lübischen Recht für das Römische Princip. Er bemerkt [16]) zu unserm Art. 1: „Excipitur speciatim is casus, cum merces vel salarium a depositario

---

14) Vgl. Lübisches Recht B. III. Tit. 8. Art. 16: „Wann einer verdinget Gut vmb Lohn verleuret, so muß er demjenigen, welcher es ihme verdinget hat, widerschaffen, oder den billigen Werth davor“ ꝛc. Vgl. auch Augsburger Statuten von 1276 Art. 213.

15) So versteht man wenigstens allgemein die schon im Sachsenspiegel B. III. Tit. 5 Art. 4 vorkommenden und von dort in die meisten älteren Stadtrechte übergegangenen Worte: „Svat man aver deme manne liet oder sat, dat sal he vnverderft wederbringen, oder gelden na sime werde.“

16) Mevius, Commentarius in ius Lubecense Lib. III. tit. 3 art. 1 num. 14.

accipitur, vel exigitur ... tunc arctius obligatur, non quidem de casu fortuito, quem nemo, nisi sua ex conventione praestat, sed de levissima culpa; — ratio est, quod pecuniam accipiens pro cura et custodia ad exactissimam diligentiam se obligat." Es erhellt hieraus hinlänglich, daß Mevius sein ganzes Raisonnement auf Römische Rechtsprincipien stützt, wie denn überhaupt in dem Commentar das Bestreben hervortritt, das Lübische Recht theils durch das Römische zu ergänzen, theils mit demselben so viel als möglich in Einklang zu setzen. Gleichwohl dürfte in unserm Falle den oben erörterten Deutschrechtlichen Grundsätzen der Vorzug gebühren. Selbst abgesehen davon, daß schon die innere Verwandtschaft des Lübischen mit dem Deutschen Recht dafür spricht, dürfte für die Städte Esthlands folgender Umstand nicht ohne Bedeutung sein. Das Esthländische Ritter- und Landrecht macht, wie weiterhin sich zeigen wird, den Depositar, der Bergelohn empfängt, ausdrücklich selbst für den zufälligen Untergang verantwortlich. Hat nun gleich das Esthländische R. und LR. für die Städte Reval, Hapsal und Wesenberg keine Gesetzeskraft, so kann doch aus dem Umstande, daß die fraglichen Worte desselben unzweideutig an unsern Art. 1 des Lübischen Rechts sich anschließen, gefolgert werden, daß man damals in dem gegenwärtigen Sinne des R. u. LR. das Lübische Recht ergänzte; ja es ist nicht unwahrscheinlich daß lediglich auf diese Weise die von dem Römischen Recht abweichende Bestimmung in das R. und LR. erst übergegangen ist, das im Uebrigen beim depositum fast ganz Römischen Rechtsgrundsätzen

folgt. Das Nähere darüber wird weiterhin erwähnt werden.

§ 2.

Das Rigische Stadtrecht.

Das ältere, sog. Oelrichs'sche Rigische Stadtrecht, vom Ende des 13ten Jahrhunderts, verordnet:

> Th. I. c. 20. „So eyner dem anderen syn gudt deith tho holdene, undt wert em dat affgerovet, gestalen oder verbrant, und verlust he syn gudt darmede, und will he idt up den Hilligen behalten, dat he dat syne dar ock mede vorlaren hebbe, und dat idt ane syne Witschop geschen is, so sall he dar keine Noit vor liden. Iss idt vehe edder queck und stervet dat selvige dem jennem dem idt to holdende was gedaen, de en sall dar ock geinn Noit umb liden, wil he dat idt ane syn Weten gescheen sy sweren."

Die Quelle ist offenbar das schon oben mehrfach erwähnte Hamburgische Stadtrecht vom Jahre 1270, da abgesehen von der Gleichheit des Inhaltes zum großen Theil selbst wörtliche Uebereinstimmung statt findet [17]). Eben so mit den Statuta Verdensia [18]) von 1330, den

---

17) Vgl. oben S. 176 und v. Bunge, Beiträge S. 43 ff. Fast wörtlich ist dieser Artikel übergegangen in das Hamburgische Stadtrecht von 1276, 1292 u. 1497. Vgl. Anderson Hamburgische Statuten. Hamburg 1782. S. 214, 334 u. 451.

18) Statuta Verdensia. Statutum 59 in Pufendorf's Observationes iuris universi. T. I. Francof. 1734, append. S. 98.

Statuta Bremensia von 1428 [19]) und von 1433 [20]). Offenbar haben all diese Stadtrechte aus dem Sachsenspiegel [21]) geschöpft, unterscheiden von diesem aber sich darin, daß sie des gleichzeitigen Verlustes der eigenen Sachen des Depositars erwähnen, ob als unerläßliche Bedingung, mag dahin gestellt bleiben, scheint indeß richtiger verneint werden zu müssen [22]). Darin aber stimmen sie sämmtlich überein, daß sie 1) von dem Depositar die eidliche Erhärtung seiner Schuldlosigkeit an dem Verluste der fremden Sache fordern, und 2) zwischen dem entgeltlichen und unentgeltlichen Depositum nicht unterscheiden. Eine interessante Ausnahme bildet indeß in Betreff des ersteren Punktes gerade unser vorerwähntes älteres Rigisches Stadtrecht, indem es von dem Depositar einen Eid fordert: „dat idt ane syne Witschop" (d. h. ohne sein Wissen), oder, wie es am Ende des Artikels heißt: „ane syn Weten gescheen sy". Denn streng genommen besagt dies etwas Anderes als der Eid „dat idt ane syne scult geschen si". Es läßt sich Schuldlosigkeit an dem Untergang, bei gleichwoligem Wissen desselben, und umgekehrt Nichtwissen bei Schuldhaftigkeit denken; das erstere, wenn der Depositar bei aller Sorgfalt den Verlust vorhersah, aber nicht abwenden konnte: das zweite, wenn er sich grober Vernachlässigung der fremden wie der eigenen Sache schuldig machte, z. B. das fremde Geld wie das eigene gänzlich unverwahrt liegen ließ, aber doch um dessen Entwendung nicht wußte. Angenommen nun, daß die

---

19) Statuta Bremensia von 1428 c. 24 in Oelrichs, vollständige Sammlung alter und neuer Gesetzbücher der Stadt Bremen. Bremen 1771. S. 334.

20) Statuta Bremensia von 1433 c. 60 in Oelrichs Sammlung a. a. O. S. 528.

21) Sachsenspiegel B. III. Art. 5 § 3, vgl. oben S. 175 Anm. 4.

22) Ausdrücklich wird dies ausgesprochen in den Augsburger Statuten von 1276. Art. 212: „Verlüset ein Man Gut das ihm zebehalten ist geben, spricht Ihn der darum an, der er es Ihm empfahl ist es ein Vnervaren Man, beredt er denne, daß er es mit andrer sinem gut verloren hab aun gevärd, so ist er ihm entbrosten, wan er ihm dazu getruet, Verluset er aber nicht darmit, dennoch sol er sin recht darum nehmen daß er es aun gevärd verlohren hab."

Verfasser der Rigischen Statuten sich der hier entwickelten Unterschiede klar bewußt waren, und gleichwol die Worte „ane sine scult“ absichtlich in „ane syne Witschop“ verwandelten, würde daraus eine materielle Verschiedenheit in der Auffassung der Verpflichtungen des Depositars sich ergeben. Denn während die erwähnten älteren Deutschen Statuten die Abwesenheit jeder culpa auf Seiten des Depositars verlangen, fordern dann die Rigischen Statuten nur Abwesenheit des dolus, als des Nichtwissens um den Verlust [23]. In Betreff der in älteren Stadtrechten sonst, wie erwähnt, nicht vorkommenden Unterscheidung zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Depositum, findet sich eine Abweichung in den Statuta Stadensia von 1279 [24], die übrigens auf den Umfang der Verpflichtungen des Depositars ohne Einfluß bleibt.

Wenden wir uns nun zu den neueren, gegenwärtig geltenden Rigischen Statuten, aus der zweiten Hälfte des 17ten Jahrhunderts [25]. In diesen heißt es:

> B. III. Tit. 8. Setzet Jemand sein Guth bei einem andern nieder in Bewahrung, es sei was es wolle, und es käme vmb durch Raub, Brand, Diebstahl und dergleichen Zufälle, und der Depositarius könnte endlich erhalten, daß er, nebst dem vertrauten Guthe, auch vom Seinigen dergestalt verlohren, ob Er

---

23) Vgl. die obigen Ausführungen über das Lübische Recht. S. 174.

24) Statuta Stadensia XI. c. 11 bei Pufendorf a. a. O. Bd. II. S. 227: „So welk man deit dheme anderen sin goet tho holdende, ofte in gheneghen stucken verhuret, unde it ome verstolen wert ofte afgerovet, ofte afghebrant“ ꝛc. Das Nachfolgende stimmt nun wieder bis auf wenige unwesentliche Abweichungen mit den übrigen oben erwähnten Statuten überein. Allein in den Anfangsworten deutet der Passus: „ofte in gheneghen stucken verhuret“ offenbar auf den Fall, da der Empfänger des Guts dem Geber seine Dienste zur Aufbewahrung der Sache vermiethet, also auf ein entgeltliches Depositum, hin. Rücksichtlich des weiteren Erfolges wird dann kein Unterschied gemacht. Der Depositar wird frei, sobald er gleichzeitigen Verlust seiner eigenen Sache, und seine Schuldlosigkeit an dem Untergange beschwören kann.

25) Vgl. v. Bunge, Wie kann der Rechtszustand Liv-, Esth- und Curlands am zweckmäßigsten gestaltet werden? Riga u. Dorpat 1833. S. 20. Note 23.

gleich treulich verwahret, als das Seinige; so darf Er weiter nicht gefährdet werden. Desgleichen kann sich Jemand mit dem Eyde seiner Unschuld befreyen, wenn bei Ihm, entweder zur Ausfütterung, oder Auferziehung, alt oder jung Vieh gethan, und verstorben wäre. Und dieses nach Beschaffenheit der Umstände in solchem Fall.

Die äußere Wortfassung dieses Artikels läßt bei flüchtigem Anblick vermuthen, daß er aus dem oben [26]) mitgetheilten Art. 1 des revidirten Lübischen Rechts geschöpft sei. Abgesehen von der Aehnlichkeit des Einganges, kommt nicht nur in beiden die Clausel „es sei was es wolle", sondern auch die Bezeichnung der Unfälle, durch die Substantiva „Diebstahl, Raub, Brand, und dergleichen Zufälle" vor, die in allen übrigen Stadtrechten ohne Unterschied, so viel ich deren verglichen habe, durch die Zeitwörter „gestohlen, geraubt, gebrannt" ꝛc. umschrieben werden. Gleichwohl sind beide Artikel ihrem Inhalte nach durchaus verschieden. Das Lübische Recht erläßt dem Depositar alle Verantwortlichkeit, wenn er beschwören kann, entweder, daß er die fremde Sache mit gleicher Sorgfalt, wie die seinige behandelt, oder, daß er seine eigene Sache zugleich mit der fremden eingebüßt. Es verlangt also nur Abwesenheit des dolus, nicht den Beweis der Schuldlosigkeit [27]). Das Rigische Recht weiß dagegen von solchem alternativen Eide nichts. Der Depositar muß schwören „daß Er, nebst dem vertrauten Guthe, auch vom Seinigen dergestalt verlohren, ob Ers gleich treulich verwahrt, als das Seinige". Nicht also bloß Abwesenheit des dolus, sondern Erweis angewendeter Sorgfalt wird von ihm begehrt. Es bleibt somit das neuere Rigische Recht dem Altdeutschen Grundsatze getreu, daß der Verlust der fremden Sache „ohne alle Schuld des Depositars" [28]) eingetreten sein müsse, weicht

---

26) Vgl. oben S. 173 fg.

27) Vgl. oben S. 174.

28) Vgl. oben S. 176. Dafür spricht auch der Umstand, daß in unserm Tit. 8 des neueren Rigischen Stadtrechts ausdrücklich gesagt wird, der Depositar eines Thieres könne sich „durch den Eid seiner Unschuld" befreien, wobei das Verbindungswort „desgleichen", womit dieser Schlußsatz begonnen wird, offenbar darauf hinweist, daß auch das Vorangehende in gleicher Weise von dem

mithin, juristisch ausgedrückt, von dem Römischen und dem hierin damit übereinstimmenden revidirten Lübischen Stadtrecht darin ab, daß es den Depositar nicht, wie diese, bloß für dolus und lata culpa, sondern auch für levis culpa verpflichtet.

Eine zweite Verschiedenheit des neueren Lübischen und Rigischen Rechts liegt darin, daß, während jenes die erwähnten Grundsätze nur bei dem unentgeltlichen Depositum eintreten läßt, dieses zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Depositum nicht unterscheidet, sondern vom Depositum schlechthin redet. Allerdings kann dieser letztere Umstand den Zweifel erzeugen, ob beim entgeltlichen Depositum dieselben Grundsätze wie beim unentgeltlichen Platz greifen. Man könnte nämlich hier einerseits den Grundsatz in Anwendung bringen: „ubi lex non distinguit, non est nostrum distinguere". Andrerseits aber ist in Erwägung zu ziehen, daß dem Begriff des Depositums, als eines Vertrages zu treuer Hand, die im Voraus abgemachte Bezahlung (gleichsam Erkaufung der Treue) nach Deutschrechtlichem Sinne, zu widersprechen scheint, und somit bei festgesetztem Bergelohn der Vertrag mehr den Character gewöhnlicher Dienstmiethe gewinnt, wobei die oben [29]) entwickelten Grundsätze über das Tragen der Gefahr in Anwendung kommen müßten. Welche von diesen beiden Argumentationen die richtigere, wage ich nicht definitiv zu entscheiden, jedoch dürfte der letzteren der Vorzug größerer Consequenz gebühren.

§ 3.

Livländisches Landrecht.

In dem gegen das Ende des vierzehnten Jahrhun-

Beweis der Unschuld zu verstehen sei. — Der dem neueren Rigischen Stadtrechte kurze Zeit vorhergehende Meier-Flügel'sche Entwurf um 1650 verlangt ausdrücklich vom Depositar nur die eidliche Erhärtung der Schuldlosigkeit am Verlust. Es heißt nämlich darin Pars II. Tit. 8. Art. 2: „So ein vertrawtes Guth wird gestohlen, oder abgeraubet oder verbrannt, oder es stirbt (wo es Vieh ist), kann der, welchem es vertrawet ist, solches bei seinem Eyde erhalten, daß der Schade ohne seine Schuld geschehn sey, so ist er darumb nicht anzufechten, bevorab da Er sein eigenes dabey ist verlustig worden."

29) Vgl. oben S. 183.

derts verfaßten mittleren Livländischen Ritterrecht findet sich folgende unsern Gegenstand betreffende Bestimmung:

RR. Kap. 91. Welck man dem andern syn gudt deit tho beholdende, werdt ydt em gestalen, edder gerouet, edder vorbrant, edder stervet he, effte es vee is, he darff dar nene not vmb liden, dar he syn recht tho don, dat ydt ane syne schult sy.

Diese Stelle ist wörtlich aus dem Sachsenspiegel [30]) entlehnt. Das Ritterrecht verlangt also, wie dieser, weder gleichzeitigen Verlust der eigenen Sachen des Depositars, noch unterscheidet es zwischen entgeltlichem und unentgeltlichem Depositum. Der Depositar hat überall nur zu beschwören, daß sich die Entwendung, der Verlust, Untergang u. s. f. der Sache, ohne sein Verschulden ereignet habe, und bleibt dann von aller weiteren Verantwortlichkeit frei: gewiß die einfachste uud natürlichste Behandlungsweise des ganzen Rechtsverhältnisses. Desto detaillirtere Bestimmungen finden wir, in den späteren Livländischen Landrechtsentwürfen, und zwar zunächst in dem Engelbrecht von Mengden'schen [31]) von 1643. Hierin wird 1) ausdrücklich zwischen dem Depositum, welches „vergeblich, oder aus Freundschaft" und welches „umb Geld, oder eine benannte Belohnung" übernommen wird, unterschieden. Im ersteren Falle soll der Depositar „solches Ihme vertraute Haab und Gut ganz treulich, und nicht weniger als sein eigen Gut bewahren", im zweiten Falle dagegen „ists nicht genug, daß ers als sein eigen Gut vorhüre, sondern soll auch schuldig seyn, daß er den allerhöchsten Fleiß, so viel möglich ist, dabei anwende". 2) Hat der Depositar seines eigenen Nutzens halber sich angeboten, oder ohne Aufforderung das Depositum übernommen, „so ists nicht genug, daß er einen gemeinen Fleiß ankehre, sondern er ist auch zum höchsten Fleiß verbunden, also: daß wenn er aus dem mindesten Fleiß, levissima culpa, das Hinterlegte verwahrlosete oder verringerte, Er

30) Sachsenspiegel B. III. Art. 5 § 3. Vgl. oben S. 175 und besonders v. Bunge über den Sachsenspiegel als Quelle des mittleren und umgearbeiteten Livländischen Ritterrechts. Riga 1827.

31) Landrecht des Fürstenthums Livland, von Engelbrecht von Mengden. B. II. Cap. 28 § 2—6.

desselben Abtrag und Erstattung thun muß". 3) Wird dem Depositar die anvertraute Sache zugleich mit der seinigen „durch unversehene Zufälle, casus fortuitos, entweltigt oder verderbet, welche der, so das Gut hinter sich zu treuer Hand genommen hat, nicht hätte vorsehen, verhüten, vorkommen oder abwenden mögen", so braucht er deshalb keinen Ersatz zu leisten. 4) In einigen Fällen muß indeß der Depositar auch den zufälligen Untergang ersetzen, nämlich a) „wenn er das Depositum bis nach der Litiscontestation hinterhalten, oder an gefährliche Orte geführt und getragen hätte, da sie folgends vernachtheilet oder umkommen"; b) „wenn er hinterleget baar Geld mit dem Pact oder Gedinge empfangen, daß er dasselbe brauchen, und mit so vielem andern erstatten möchte, oder was ihm für Unglück zustände, sich dasselbe zu büssen, und alles zu erstatten verbunden hätte." Indeß soll selbst in diesen Fällen der Depositar von der praestatio periculi frei bleiben, wenn der Zufall „von der Art, daß dadurch das hinterlegte Gut eben so wohl bei dem Depositore, als bei dem Depositario untergehen, oder verderben können." Z. B. wenn „Jemand einem ein Roß zu behalten gegeben, und nachfolgends dasselbige in des Depositarii Gewalt, ohne gefährliche Verwahrlosung umgefallen oder verdorben wäre, so hat der Depositarius dessen kein Entgelde, denn was die Natur in einem Dinge würket, davon hat der Depositarius keine Schuld, weil es in des Herrn oder Hinterlegers Gewalt auch also hätte geschehen mögen".

Aus allen diesen Bestimmungen leuchtet ein entschiedener Einfluß des Römischen Rechts hervor. Die ausdrückliche Unterscheidung des entgeltlichen und unentgeltlichen Depositums, so wie die daran geknüpfte Folge, daß beim letzteren der Depositar nur zu gleichmäßiger Bewahrung der eigenen und fremden Sachen, beim ersteren zur Vertretung selbst der levissima culpa verpflichtet sei, scheint entlehnt aus L. 1 § 9 und 10 verbunden mit L. 32 D. depositi [32]); die Bestimmung unter Nr. 2 aus L. 1 § 35 D. eod. [33]); die unter

32) Vgl. oben S. 178. Anm. 9.

33) L. 1 § 35 D. depositi (16, 3): Saepe evenit, ut res de-

Nr. 4 a aus L. 12 § 1 D. depositi [34]; die unter Nr. 4 b aus L. 7 § 15 D. de pactis [35]. Dasselbe gilt im Ganzen von dem Budberg-Schrader'schen Landrechtsentwurf, wenngleich dieser nicht unmittelbar aus dem Römischen Recht, vielmehr aus dem Preußischen Landrecht [36], und dem Esthländischen R. und LR., die der Hauptsache nach in unserer Lehre mit dem Römischen Recht übereinstimmen, geschöpft hat. Der Depositar wird verpflichtet, „in allen Fällen für das ihm anvertraute Gut eben so als für sein Eigenthum zu sorgen" [37], dahingegen die praestatio periculi nur dann ihm ausdrücklich aufgebürdet [38], wenn er einer mora restituendi sich schuldig gemacht.

Haben nun gleich diese Landrechtsentwürfe eine gesetzliche Bestätigung nie erhalten, so geben sie doch ein wichtiges Zeugniß darüber, wie man in der Praxis unsere Lehre behandelt hat. Es dürfte danach der Schluß sich rechtfertigen lassen, daß in derselben die Principien des Römischen Rechts vollständige Geltung gewannen, und somit bei der Entscheidung unserer Rechtsfrage nach Livländischem Landrechte zu Grunde gelegt werden müssen.

---

posita vel nummi periculo sint eius, apud quem deponuntur: ut puta si hoc nominatim convenit: sed et si se quis deposito obtulit, idem Iulianus scribit, periculo se depositi illigasse: ita tamen, ut non solum dolum, sed etiam culpam et custodiam praestet, non tamen casus fortuitos.

34) L. 12 § 1 D. depositi (16, 3): Quemadmodum quod ex stipulatu vel ex testamento dari oportet, post iudicium acceptum cum detrimento rei periret: sic depositum quoque eo die, quo depositi actum sit, periculo eius, apud quem depositum fuerit, est, si iudicii accipiendi tempore potuit id reddere reus, nec reddidit. Vgl. auch L. 14 § 1 D. eod. und meine Lehre von der Mora. Cap. 3 § 64. S. 301.

35) L. 7 § 15 D. de pactis (2, 14): Item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet: Pomponius ait pactionem valere. Vgl. L. 1 § 35 init. D. depositi in Note 33.

36) Vgl. hierüber v. Bunge über die Verwandtschaft als Ehehinderniß. Erörterungen Bd. II. Heft 2. S. 143.

37) Budberg-Schrader'sches Landrecht für Livland. B. IV. Tit. 13 § 3.

38) Ebendaselbst B. IV. Tit. 13 § 6.

(Schluß folgt.)

VII.

Ueber die Verantwortlichkeit des Depositars nach Liv-, Esth- und Curländischem Rechte.

Von C. O. v. Madai.

(Schluß.)

§ 4.

Das Esthländische Landrecht.

Das Esthländische Ritter- und Landrecht schließt sich, wie überhaupt im Obligationenrecht, so auch in der Lehre vom Depositum (B. IV. Tit. 5) zwar, der Hauptsache nach, den Principien des Römischen Rechts an. So wird namentlich der Depositar im Allgemeinen nur für Betrug, Untreue und grobe offenbare Nachlässigkeit [39] verantwortlich gemacht, und außerdem bemerkt [40]: „Und weil derjenige, bei dem solch Gut zu treuer Hand hinterlegt worden, zu keinem mehrern

---

39) Esthländisches Ritter- und Landrecht B. IV. Tit. 5 Art. 3: „Würde aber durch des Annehmers Betrug, Untreue oder grobe offenbare Nachlässigkeit das hinterlegte Gut beschädiget, verdorben oder gar verloren, so ist derselbe zur Besserung des Schadens oder auch Wiedererstattung des hingelegten Gutes allerdings gehalten.“

40) Esthländ. R. und LR. ebend. Art. 2.

und größern Fleiß, als den er an seinem selbst Eigenen anzuwenden pflegt, verbunden ist, so darf er zum Schaden der dem hinterlegten Gut widerfährt, wie auch zu Feuer, Raub, Diebstahl, Wassersnoth und andern unvermuthlichen Zufällen nicht antworten.“ Indeß deutet nicht nur diese letztere namentliche Hervorhebung des Brandes, Raubes, Diebstahls und anderer Zufälle (wofür in einer Note ausdrücklich neben dem Römischen, auch auf das Deutsche Recht, Sachsenspiegel B. III. Art. 5, verwiesen wird), sondern auch der Umstand, daß bei der Beschreibung des Depositums im Art. 1. a. a. O. die Worte „ohne einigen Lohn und Stätte-Geld“ hinzugefügt werden, darauf hin, daß die Verfasser des R. und LR. in der vorliegenden Lehre, neben dem Römischen, auch das Lübische Recht benutzt haben. Dies tritt nun namentlich hervor in dem hier näher zu erörternden Art. 4. Derselbe lautet:

B. IV. Tit. 5. Art. 4. Desgleichen ist in nachfolgenden Fällen der Annehmer des zu treuen Händen hinterlegten Gutes für allen Schaden, Gefahr und begebende Unfälle zu antworten gehalten, als:

1) Wenn er dieselben anfangs gutwillig auf sich genommen, oder die Parten sich also verglichen.

2) Wenn er zu Annehm- und Verwahrung des Gutes sich selbst angeboten, in welchem Fall er gleichwohl für Betrug und Nachlässigkeit, nicht aber vor unversehene und unvermeidliche Zufälle verbunden ist.

3) Wenn er für die Bewahrung Lohn, Stätte-Geld oder andere Erstattung empfähet.

4) Wenn er das hinterlegte Gut an andere Oerter, ohne Befehl, Willen und Wissen des Deponenten verführet, dadurch es hernach beschädiget wird, oder umkommt.

5) Wenn er das hinterlegte Gut auf Erfordern nicht alsobald ausantwortet.

Daß hier von der Verantwortlichkeit für den rein zufälligen also von dem Depositar nicht selbst verschuldeten Untergang der ihm anvertrauten Sache die Rede sei, sagt nicht nur der Eingang des Artikels ausdrücklich, sondern wird auch bestätigt durch den unter Nr. 2 desselben angeführten Fall, worin „unversehene und unvermeidliche Zufälle" speciell ausgenommen werden. Die unter Nr. 1, 4 und 5 angeführten Fälle stimmen im Ganzen mit dem Römischen Recht überein, wenngleich nicht gerade die passendsten Belegstellen dazu angeführt worden sind. Desto mehr abweichend vom Römischen Recht ist Nr. 3. Der Depositar soll danach unbedingt die Gefahr selbst des zufälligen Unterganges tragen, wenn er für die Bewahrung „Lohn, Stättegeld oder andere Erstattung empfähet"; z. B. A giebt seinen Pelz während des Sommers einem Kürschner zur Aufbewahrung gegen eine bestimmte Entschädigung. Brennt das Haus des Kürschners, vom Blitz entzündet ab, so muß derselbe dem A auch den dabei zu Grunde gegangenen Pelz ersetzen. Die Verfasser des R. und LR. berufen sich für diesen Satz

1) auf L. 1 § 9 D. depositi [41]). Hierin lehrt Ul-

41) L. 1 § 9 D. depositi (16, 3) — Ulpian: „Si quis servum custodiendum coniecerit forte in pistriuum, si quidem merces

pian, es finde gegen den Depositar „si quidem merces intervenit custodiae“ die „actio ex conducto“; wenn derselbe dagegen statt des Miethgeldes andere Vergeltung für die Bewahrung der Sache erhalten, „quia pecunia non datur“, aber gleichwohl ein miethähnliches Verhältniß zu Grunde liege („quasi genus locati et conducti intervenit“), eine actio praescriptis verbis statt. In dem unmittelbar darauf folgenden § bemerkt dabei Ulpian, daß der Depositar in dem einen wie dem andern Falle für dolus und culpa [42]), also nicht für den casus einstehe, und damit stimmen denn auch andere Stellen der Digesten vollkommen überein. Aus dem Römischen Recht kann mithin der von den Verfassern des R. und LR. aufgestellte Satz unmöglich hergeleitet werden. Ebensowenig aber auch

2) aus c. 2 X. depositi, worauf sie sich ebenfalls ausdrücklich berufen. Diese Stelle, eine Decretale Gregors IX., sagt [43]) zunächst, es entstehe gegen den Depo-

---

intervenit custodiae, puto esse actionem adversus pistrinarium ex conducto: si vero mercedem accipiebam ego pro hoc servo, quem in pistrinum accipiebat, ex locato me agere posse. Quod si operae eius servi cum custodia pensabantur, quasi genus locati et conducti intervenit: sed quia pecunia non datur, praescriptis verbis datur actio: si vero nihil aliud quam cibaria praestabat, nec de operis quidquam convenit, depositi actio est.“

42) L. 1 § 10 D. eod. „In conducto et locato, et in negotio, ex quo diximus, praescriptis verbis dandam actionem, et dolum et culpam praestabunt, qui servum receperunt: at si cibaria tantum dabat, dolum dumtaxat: sequemur tamen, ut Pomponius ait, et quid habuerunt proscriptum, aut quid convenerit: dummodo sciamus, et si quid fuit proscriptum, dolum tamen eos praestaturos, qui receperunt, qui solus in depositum venit.“

43) C. 2 X. depositi (IV, 2): „Bona fides abesse praesumitur,

sitar der Verdacht eines dolus, wenn er die fremden Sachen verloren, während er die seinigen wohlerhalten, und fügt dann hinzu, in zwei Fällen stehe der Depositar auch für levis culpa (denn diese ist offenbar im Gegensatz zu dem vorher erwähnten dolus gemeint) ein, nämlich 1) wenn er sich selbst zur Aufbewahrung der Sache angeboten (der in unserm R. und LR. unter Nr. 2 erwähnte Fall), 2) wenn er Etwas für die Aufbewahrung empfangen (der Fall unter Nr. 3). Also nur von der Verantwortlichkeit für jede culpa, nicht auch für den zufälligen unverschuldeten Untergang ist hier die Rede. Sehr richtig fügten daher die Verfasser des R. und LR. dem Falle unter Nr. 2 die Modification „nicht aber vor unversehene und unvermeidliche Zufälle" hinzu, ließen aber dieselbe bei dem Fall unter Nr. 3, den doch das canonische Recht dem Fall unter Nr. 2 ganz gleichstellt, unbegreiflicher Weise[44], weg.

si rebus tuis salvis existentibus, depositas amisisti. De culpa quoque teneris, si te ipsum deposito obtulisti, vel si aliquid pro custodia recepisses. Pacto vero, culpa vel mora praecedentibus, casus etiam fortuitus imputatur."

44) Vielleicht argumentirten die Verfasser des R. und LR. so: der Depositar, der Geld für die Aufbewahrung empfangen, haftet, nach c. 2 X. depositi, für culpa: da nun nach den Endworten derselben Stelle „culpa praecedente, casus etiam fortuitus praestatur", so folgt, daß in unserm Falle auch den Depositar (si aliquid pro mercede recepisset) die Verantwortlichkeit für casus treffe. Allein zweierlei macht diese Argumentation verwerflich: 1) der Umstand, daß, wenn der Untergang einer Sache durch culpa herbeigeführt ist, derselbe aufhört, ein casus fortuitus zu sein; 2) daß, wenn der Depositar, qui mercedem accepit, auch für den casus einstehen sollte, dasselbe von dem Depositar, qui se ipsum deposito obtulit, gelten müßte, was weder das canonische

Es können demnach die Verfasser des R. und LR. den Satz unter Nr. 2 auch aus dem canonischen Rechte nicht geschöpft haben.

Vielleicht erklärt sich nun dessen Entstehung auf folgende Weise. Schon oben ist erwähnt worden, daß die Verfasser des R. und LR. in der Lehre vom depositum außer dem Römischen, auch das Lübische Recht berücksichtigt haben. Zwar enthält nun dieses letztere eine ausdrückliche Bestimmung für das Tragen der Gefahr beim entgeltlichen Depositum nicht. Allein man mochte zur Zeit der Abfassung des R. und LR. durch unrichtige [45]) Anwendung des argumentum e contrario aus dem Art 1. Buch III. Tit. 3. des Lübischen Rechts herleiten, daß beim entgeltlichen Depositum den Depositar die Gefahr des zufälligen Untergangs treffe, und so nahmen die Verfasser des R. und LR. diesen Satz in ihre Compilation auf, wobei sie demselben, ihrer gewöhnlichen Maxime getreu, durch Citate aus dem Römischen wie canonischen Recht, unbekümmert ob diese paßten oder nicht, größere Autorität zu geben glaubten. Die gegenwärtige practische Anwendbarkeit des in Rede stehenden Rechtssatzes kann übrigens nicht in Zweifel gezogen werden, da derselbe nicht sowohl auf einem Mißverstande Römischer Rechtssätze, sondern auf Deutschrechtlichen Principien beruht, die nur, freilich ohne innere Conse-

---

Recht in der angeführten Stelle sagt (es heißt ja nur culpa tenetur), noch die Verfasser des R. und LR. zu behaupten gewagt haben.

45) Vgl. darüber oben S. 177.

quenz, Römischen Rechtsgrundsätzen beigemischt worden sind.

Schließlich bedarf noch die in unserm Artikel unter Nr. 4 hervorgehobene Bestimmung einer kurzen Erläuterung. Der Depositar soll danach schlechthin das periculum interitus tragen, „wenn er das hinterlegte Gut an andere Oerter, ohne Befehl, Willen und Wissen des Deponenten verführet, dadurch es hernach beschädiget wird oder umkommt." Abgesehen davon, daß die dafür angeführte Digestenstelle wiederum gar nicht paßt [46]), haben die Verfasser des R. und LR. dabei gewiß nur den Fall einer von dem Depositar mit der fremden Sache vorgenommenen contrectatio vor Augen gehabt, denn dann trägt der Depositar, als Dieb, allerdings auch die Gefahr des zufälligen Unterganges, selbst wenn er späterhin die einmal gehegte diebische Absicht

---

46) Das Esthl. R. und LR. a. a. O. citirt eine Lex quod Nerva § 2 D. depositi. Nun giebt es zwar in dem angeführten Digestentitel eine Lex quod Nerva, nämlich die L. 32 aber keinen § 2 derselben. Diese Stelle lautet: „Quod Nerva diceret, latiorem culpam dolum esse, Proculo displicebat, mihi verissimum videtur. Nam et si quis non ad eum modum, quem hominum natura desiderat, diligens est, nisi tamen ad suum modum curam in deposito praestat, fraude non caret: nec enim salva fide minorem iis, quam suis rebus, diligentiam praestabit." Also nur so viel sagt diese Stelle, daß der Depositar sich durch Vernachlässigung der femden Sache, im Vergleich zu den seinigen, eines dolus schuldig mache, keineswegs aber, daß er durch Transport der deponirten Sache an fremde Orte sich der Gefahr der praestatio periculi aussetzt. Ein neuer Beweis, wie wenig es den Verfassern des R. und LR. darauf ankam, die Belegstellen für ihre Rechtssätze mit Umsicht und Gewissenhaftigkeit zu wählen!

wieder aufgegeben haben sollte [47]). Allein die obigen Worte unter Nr. 4 reichen auch weiter, und zwar auf Fälle, auf die sie schwerlich nach der Ansicht der Verfasser des R. und LR. bezogen werden sollten. Gesetzt A übergiebt während einer Reise sein Pferd dem B zur Bewahrung. Dieser stellt es in seinen Stall. Allein der Stall bedarf einer Reparatur, und so bringt B das fremde Pferd in dem Stall eines Nachbarn, oder auch auf seinem eigenen entfernten Gute unter. Der Stall stürzt durch einen Zufall, z. B. Erdbeben ein, und erschlägt das Pferd. Folgen wir den Worten unsers Ritterrechts, so muß B dem A das Pferd ersetzen, denn er hat dasselbe „an andere Oerter ohne Befehl, Willen

---

47) arg. Esthländisches R. und LR. B. IV. Tit. 5 Art. 5: „Hätte auch der Annehmer das hinterlegte Gut verkauft, und solches hernach wieder an sich gebracht, in Meinung, es ferner als ein Depositum oder hinterlegt Gut in getreuer Verwahrung zu behalten, es würde aber dasselbe hernach, wiewohl wider seinen Willen, beschädiget, verdorben oder verlohren, so ist er nichts weniger schuldig, weil er einmal seiner Treue und Pflicht nicht genug gethan, dasselbe zu bezahlen.“ Damit stimmt auch das Römische Recht, wiewohl dasselbe von den Verfassern des R. und LR. nicht als Quelle zu diesem Artikel citirt worden ist, wörtlich überein. Vgl. L. 1 § 25 depositi (16, 3): „Si rem depositam vendidisti, eamque postea redemisti, in causam depositi, etiamsi sine dolo malo postea perierit, teneri te depositi; quia semel dolo fecisti cum venderes.“ Vgl. auch L. 4 § 10 D. de usurpationibus (41, 3). Daß übrigens, was hier nur von dem Verkauf der deponirten Sache gesagt ist, auch von deren temporärer Unterschlagung gelte, bestätigt Ulpian in L. 65 D. de furtis (47, 2): „Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucri faceret: tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato poenitentia sua nocens esse desiit.

und Wissen des Deponenten verführet, dadurch es hernach beschädiget wird, oder umkömmt", und gleichwohl möchten die Verfasser des R. u. LR. auf solche Weise nicht entschieden haben, zumal wenn man erwägt, daß sie selbst dem Commodatar die Verantwortlichkeit für rein zufälligen, unverschuldeten Untergang erlassen [48]). Es zeigt sich darin, wie sehr die Bestimmungen des R. u. LR. nur zu häufig der erforderlichen Präcision und Schärfe des Ausdrucks ermangeln.

§ 5.

Das Curländische Recht.

Die verschiedenen Stadtrechte Curlands enthalten, so viel mir bekannt geworden, über die in Rede stehende Lehre, keine besonderen Bestimmungen. Dagegen verordnen

1) die Pilten'schen Statuten vom Jahre 1611 Tit. 6. § 1. Wo jemand einen andern sein Gutt thuet zue vertrauen, wird es im gestohlen oder abgeraubett, oder verbranntt, oder stirbt (ob es Viehe ist), er darff darumb keine Noth leiden, nur darff er mit seinen Eydt darthun, daß der Schade ohne seine Schuld gewesen sei.

Die, sei es nun unmittelbare oder mittelbare Quelle ist auch hier offenbar der Sachsenspiegel. Die Beeidigung seiner Schuldlosigkeit an dem Verluste der fremden Sache, befreit den Depositar von jeder Verantwortlichkeit, ohne weitere Rücksicht darauf, ob das Deposi-

48) Esthländisches R. und LR. B. IV. Tit. 4. Art. 2 a. E.

tum ein entgeltliches oder unentgeltliches gewesen, ob der Depositar die eigenen Sachen gleichzeitig mit den fremden eingebüßt, oder nicht. Davon zum Theil abweichend verordnen indeß

2) die im Jahre 1617 verfaßten **Curländischen** oder **Ordenschen** Statuten im § 93:

> Res depositae, si citra depositarii culpam, furto, incendio, ruina, aut simili fato interierint, extra noxam erit depositarius, si eam, quam suis rebus impendere solitus est, diligentiam adhibuerit.

Also nicht eidliche Erhärtung seiner gänzlichen Schuldlosigkeit, sondern nur der Nachweis, daß er den fremden Sachen nicht geringere Sorgfalt, als den eigenen gewidmet, wird hierin von dem Depositar gefordert. Es müssen nämlich die Worte: „si eam, quam suis rebus impendere solitus est, diligentiam adhibuerit" offenbar als eine nähere Bestimmung des Umfanges und des Grades der von dem Depositar zu vertretenden culpa, mithin als eine Modificirung des vorangehenden allgemeinen Ausdruckes „res depositae, si citra depositarii culpam . . . interierint" betrachtet werden. Es schließen somit die Curländischen Statuten sich dem Römischen Rechte an, das den Depositar nur sofern er „minorem alienis, quam suis rebus diligentiam praestabit"[49]) verantwortlich macht. Aus dem Römischen Recht werden demnach die detaillirteren Bestimmungen in unserer Lehre zu entnehmen sein. Daß diese, so weit sie die vorliegende Rechtsfrage betreffen, schon frühe in

49) L. 32 D. depositi. S. oben Anm. 46.

der Praxis Eingang gefunden, dafür dürfte das Derschau'sche Landrecht sprechen, dessen hieher gehörende Bestimmungen mitzutheilen, nicht unangemessen sein wird. Daselbst heißt es im

Th. II. Bd. II. Abschn. 3. Tit. 5. § 1—6. „Wenn Jemands von einem andern einnig Haab vndt Guht zu treuwen Händen vergeblich, vndt nuhr auß Freundtschafft zu verwahrrn annimbt; der soll dasselbe gantz trewlich, vndt nicht weniger, alß sein eigen Guht bewahren, vndt versehen, würde Er hierüber einige Untrew, Betrugs, oder strefflicher Fahrlässigkeit damit begehen; So ist Er derowegen Abtrags zu thun schuldig. § 2. Da Jemands nicht vergeblich, oder aus Freundschafft, sondern vmb Geldt vndt einne benannte Belohnunge Etwas zu Verwahren hintter sich genommen, oder seines Nutzens Halber sich dazu angebohten, oder hette solche Hintterlegung von sein selbst wegen angenommen; so ist es nicht genugk, daß Er es wie sein Eigen Guth verwahret; sondern mus auch den höchsten Fleis, so viell möglich dabei anwenden. § 3. Wann das vertrawete Guht ohne des depositarii Verwahrlohsunge oder Schuldt, durch Diebstahl, Raub, Fewersbrunst, Verfaulung, vndt andrer Vnglück abhändig wirdt, oder verdirbet; So ist Er, wenn er nuhr den Fleis, als Er bey seinnen eigenen zu thun pfleget, angewandt, ohne Schaden. § 4. Würde aber der Depositarius in mora restituendi seyn, oder das hintterlegte an gefährlichen Öhrtern führen, oder bringen, dadurch Es ver-

nachtheilet würde oder vmbkähme, oder bahr Geldt cum pacto, daß Er dasselbe gebrauchen, vndt mit so viell andern erstadten möchte, empfängt: oder für alles zu stehende Vnglück sich verobligiret, hafftet Er billig dafür. § 5. Wenn das hintterlegte Guht, oder Haab bei dem depositore eben so wohl, als bei dem depositario vnttergehen, oder verderben können; So ist der depositarius zu keiner Erstadtung verbunden.

Es bestätigt sich hier zunächst die schon früher von mir aufgestellte Vermuthung [50]) eines inneren Zusammenhanges zwischen dem Derschau'schen Landrechtsentwurf für Curland und dem Engelbrecht v. Mengden'schen für Livland, indem beide auch in der hier besprochenen Materie zum Theil wörtlich übereinstimmen, wenngleich das letztere Werk im Vergleich zu dem ersteren als das ausführlichere und mehr systematisch geordnete erscheint. Wenn nun schon oben für den Engelbrecht v. Mengdenschen Entwurf nachgewiesen worden ist, wie dessen einzelne hieher gehörende Bestimmungen aus dem Römischen Rechte entlehnt worden, so bedarf es hier einer Wiederholung dessen nicht. Bei so unzweifelhafter Reception der Römischen Rechtsgrundsätze wird demnach auch in Curland die in Rede stehende Rechtsfrage lediglich nach Römischen Recht zu entscheiden sein.

---

50) Meine Abhandlung über die Aufhebung von Rechtsgeschäften wegen „laesio enormis" in den theoretisch-practischen Erörterungen rc. Bd. I. Heft 2. Abhdlg. 5. S. 182.

§ 6.

Schlußbetrachtung.

Werfen wir auf die bisherigen Erörterungen einen Blick zurück, so lassen sich deren Resultate in folgende Sätze zusammenfassen:

1) Nach Lübisch-Reval'schem Stadtrecht wird, beim unentgeltlichen Depositum, der Depositar durch den Beweis des gleichzeitigen Verlustes der eigenen mit den fremden Sachen, oder durch den eidlichen Nachweis gleichmäßig den fremden wie den eigenen Sachen gewidmeter Sorgfalt von aller Verantwortlichkeit frei. Beim entgeltlichen Depositum dagegen trägt er sogar die Gefahr zufälligen Unterganges.

2) Nach Rigischem Stadtrecht muß der Depositar beim unentgeltlichen Depositum für jede culpa, beim entgeltlichen selbst für den casus einstehen.

3) Das Esthländische R. u. LR. macht den Depositar, war das Depositum ein gratuitum, nur für dolus und lata calpa, war es dagegen ein entgeltliches, selbst für den casus verantwortlich.

4) Nach Livländischem Landrecht so wie nach Curländischem Recht haftet der Depositar ganz wie nach Römischem Recht. Er hat demnach bei unentgeltlichem depositum nur dolus und lata

culpa [51]), bei entgeltlichem auch levis culpa [52]) zu vertreten. Die Gefahr des zufälligen Untergangs der Sache trifft ihn dagegen nur 1) wenn er sich durch besondern Vertrag dazu anheischig gemacht [53]), 2) wenn er durch contractswidrige Benutzung der Sache ein furtum beging [54]), 3) wenn er die ihm anvertraute Sache arglistig veräußerte, selbst wenn er sie späterhin wieder eingelöst, um sie ferner als Depositum zu behandeln [55]), 4) wenn er bei Restitution der Sache sich eines Verzuges schuldig gemacht, vorausgesetzt übrigens, daß dieselbe nicht auch in den Händen des Deponens von demselben Zufalle betroffen sein würde [56]), 5) wenn das Depositum ein s. g. depositum irregulare [57]).

---

51) L. 5 § 2 D. commodati; § 3 I. quibus modis re contr. oblig. Vgl. oben Note 1 u. 8.

52) L. 1 § 9 u. 10 D. depositi. Vgl. oben Note 8 u. 9.

53) L. 7 § 15 D. de pactis; L. 1 § 35 D. depositi. Vgl. oben Note 43 u. 41.

54) L. 29 pr. D. depositi (16, 3); L. 3. C. eod. (4, 34). § 6 I. de oblig. quae ex delicto (3, 1).

55) L. 1 § 25 D. depositi. Vgl. oben Note 36.

56) L. 12 § 1 D. depositi. Vgl. oben Note 42.

57) Hier nämlich geht das depositum in ein Darlehn und somit auch das periculum auf den Empfänger über. Vgl. hierüber L. 4, L. 9 § 9, L. 10 D. de rebus creditis (12, 1). L. 1 § 34 D. depositi.

VIII.

Relation eines Rechtsfalles, zur Erörterung einiger bei Familienfideicommissen vorkommenden Fragen.

Von dem Herrn Obergerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau.

Von dem dem Indigenatsadel der Ostseeprovinzen zustehenden Rechte, ohne besondere obrigkeitliche Bestätigung Fideicommisse zu stiften, hat der Curländische Adel am häufigsten Gebrauch gemacht, so daß es in Curland jetzt etwas mehr als hundert Güterfideicommisse giebt, alle mit einer gewissen Antrittsumme (welche der Fideicommißfolger den Gläubigern und Allodial-Erben seines Vorgängers auszuzahlen hat), fast alle mit der Succession nach dem Rechte der Erstgeburt und Repräsentation, woher sie nicht eigentlich mit dem Namen „Majorat" bezeichnet werden können, in sofern diese Bezeichnung derjenigen Successionsart gebührt, wo im Uebrigen die Regeln der Intestaterbfolge entscheiden, unter mehreren gleich Berechtigten aber der Aelteste an Jahren succedirt, was bekanntlich in der Seitenlinie ein von der Primogenitur mit Repräsentationsrecht verschiedenes Resultat giebt. Die Ingrossation der Stiftungsurkunde bei der competenten Hypothekenbehörde ist um deswillen erforderlich, weil dadurch allein die Qualität des Gutes als unveräußerliches, bloß bis zum Belaufe der Antritts-

summe beschuldbares Fideicommiß zur Kenntniß des Publicums gelangt.

Wie überhaupt die Undeutlichkeit der Urkunden über Rechtsgeschäfte die hauptsächlichste Quelle von Processen ist, so kann es nicht fehlen, daß bei einer Materie, über welche die Begriffe sich erst nach und nach festgestellt und namentlich allmälige Entwickelungen und Uebergänge aus dem, die Wurzel unserer Fideicommisse bildenden Lehn- und Gesammthand-Rechte stattgefunden haben, wo ferner die Stiftungen oft mehr als ein Jahrhundert alt sind, — über den Sinn der wesentlichsten Bestimmungen in den das Fideicommiß begründenden Urkunden Zweifel und Streit entstehen.

In dem den Gegenstand dieses Aufsatzes bildenden Rechtsfalle kam es hauptsächlich auf die Erklärung des Wortes „Familie“ an, um zu bestimmen, ob nach dem Erlöschen der directen männlichen Nachkommenschaft des Stifters, dessen seitenverwandte Agnaten im Familienfideicommisse zu succediren berechtiget seien. Das Nähere hierüber, so wie in Beziehung auf einige andere dabei in Betracht kommende Fragen, wird sich aus der nachstehenden actenmäßigen Darstellung ergeben:

Der Herzoglich-Curländische Landhofmeister v. S. Erbbesitzer der Kschen und mehrerer anderer Güter hatte die Kschen Güter seinem ältesten Sohne in einem am 24. Juni 1752 abgefaßten, und den competenten Hypothekenbüchern einverleibten Vertrage für 21000 fl. Alb. abgetreten, „um solche Güther beständig **bei der Familie** zu conserviren“, dabei aber folgende Bestimmungen getroffen:

P. 4. „Und da Ihro Excellence sonderlich auf die Conservation dieser Güter bei der Familie ihr Absehen gerichtet, so beloben der Herr v. S." (der mitpaciscirende älteste Sohn des Landhofmeisters), „die Güter so viel möglich immer in gutem Stande zu erhalten, auch mit Schulden über die Summe, als er solche angetreten, nicht zu beschweren, wie denn auch, wenn der Herr v. S. bei vorfallender Veränderung diese Güter nicht länger behalten wollte oder könnte, er solche seinem auf ihn folgenden Bruder vor dieselbe Summe, wofür er sie jetzt erhält, nämlich für 21000 fl. Alb. mit allen att- und pertinentien und folglich auch mit einem Behalte von 60 Stück Hornvieh zu überlassen und abzutreten schuldig und gehalten sein soll; jedoch wenn diese Güter durch den Herrn v. S. dergestalt merklich meliorirt würden, daß sie künftighin mehrere Revenüen als jetziger Zeit bringen, ist ihm solche Melioration von seinem Bruder, der ihm im Besitz der Güter folgt, zu erstatten" [1]).

---

1) In vorliegender Bestimmung ist somit die Gestattung der Verforderung von Meliorationen über die Antrittssumme hinaus enthalten. In der Regel enthalten die Stiftungen hierüber nichts, und es fragt sich daher, ob und in wie weit Meliorationen des Fideicommisses den Rechtsnehmern des letzten Besitzers vom Nachfolger zu ersetzen seien. Es scheint, daß nur solche Meliorationen angerechnet werden dürfen, welche einen nachhaltigen Mehrertrag des Fideicommisses begründen, und nicht schon von selbst durch zweckmäßige öconomische Bewirthschaftung und aus den natürlichen Früchten des Fideicommisses entstanden sind. Die Materie ist überhaupt streitig, und es giebt wohl nur äußerst

Im 5ten Punkte wird festgesetzt, daß zur Vermeidung von Streit über Meliorationen und Deteriorationen die Güter im Falle der oben erwähnten Abtretung taxirt, und für die Taxe, von welcher ein Viertheil [2]) dem neuen Besitzer zu gut und frei bleiben müsse, damit er die Güter „bei der Familie erhalten könne", angetreten werden sollen. Endlich heißt es:

„Nur allein behalten Ihro Excellence sich vor, daß wenn Sie über kurz oder lang die sahmende Hand auf dero Erbgüter, entweder unter deren Descendenten allein, oder zugleich mit anderen der Familie von S. errichten wollten, der Herr von S. wegen dieser ihm abgetretenen Güter sich solches auch gefallen lasse und solchem beitrete."

und zum Schlusse wird noch festgesetzt, daß wenn der mitpaciscirende älteste Sohn vor dem Vater ohne Hinterlassung männlicher Leibeserben versterben sollte, die Kschen Güter dem Vater für die Antrittssumme wieder anheimfallen.

Am 24. Juni 1761 tritt wirklich, nach dem Tode des Landhofmeisters v. S., dessen ältester Sohn die Güter an den zweiten ab, damit sie bei ihm und seiner männlichen Descendenz für 21000 fl. Alb. verbleiben, und für eben so viel auch auf den jüngsten Sohn und dessen männliche Descendenz beim Wegfallen der männlichen Nachkommenschaft des zweiten gelangen sollen.

---

wenig Fälle, wo Meliorationen vom Fideicommißfolger zu ersetzen sein dürften.

2) Offenbar eine aus § 185 Stat. Curl. hervorgegangene Ansicht.

Nichts destoweniger verkauft der nunmehrige Fideicommißbesitzer die Kschen Güter an einen Fremden, jedoch erklärt das herzoglich Curländische Ober- und Appellationsgericht mittelst Urtheils vom 2. August 1794 die Vindication des ältesten Sohnes des Verkäufers für zurechtbeständig, und spricht ihm die Güter für den Antrittspreis und die erweislichen Meliorationen zu. Da er sie nicht einlöset, bleibt der Käufer im Besitz, und erst der Großsohn des Verkäufers vindicirt sie abermals, tritt sie auch gegen eine schiedsrichterlich festgesetzte Summe an, und stirbt mit Hinterlassung eines minorennen Sohnes, einer Wittwe und mehrerer Töchter. Auf den Andrang der Gläubiger wird jedoch der Concurs über den Allodialnachlaß und eine Curatel über die Kschen Güter verhängt, am 3. April 1831 stirbt der minorenne Fideicommißbesitzer, und am 13. März 1832 sein Großonkel, der letzte eheliche männliche Descendent des Landhofmeisters v. S., mit Hinterlassung einer Wittwe und Tochter, jedoch ohne den Antrittspreis der Kschen Güter erlegt und deren Bsietz erlangt zu haben, obgleich er zur Verfolgung seiner Ansprüche eine Vollmacht ausgestellt, auch die dem Gute zustehende Wahlstimme mittelst besonderer Vollmacht ausgeübt hatte.

Nun brachte ein Collateralagnat der Landhofmeister v. S.-schen Linie einen Edictalproceß zur Ausmittelung aller derjenigen aus, welche bessere Rechte als er zum Antritte des Kschen, mit dem Aussterben der männlichen Nachkommenschaft des Landhofmeisters behaupteter maßen nicht erloschenen, sondern auf Provocanten übergegangenen Fideicommisses zu haben prätendiren, oder sein Recht

bestreiten möchten. Es meldeten sich, außer 1) dem Provocanten, der seine Prätension auf Sucession in das Fideicommiß gegen Erlegung der Antrittssumme von 21000 fl. Alb. angab, noch 2) die Allodialerben des minorennen am 3. April 1831 verstorbenen Fideicommißbesitzers, mit der Bitte, ihnen die Kschen Güter gegen Bezahlung der Schulden als freie, keinem Familiennexus unterworfene zuzusprechen; 3) die Curatoren des Concurses, mit der Bitte um Anerkennung der Verkäuflichkeit der Kschen Güter zum Besten der Masse, so daß also 2 und 3 eigentlich zusammenfallen, und 4) die Allodialerben des am 13. März 1832 verstorbenen letzten männlichen Descendenten des Fideicommißstifters, mit der Bitte, ihnen für den Antrittspreis von 21000 fl. Alb. die Kschen Güter zuzusprechen, da ihr Erblasser finis familiae gewesen, und sein Recht, die Güter für die Gesammthandsumme anzutreten, durch die von ihm zu diesem Zwecke ausgeübten Handlungen zu fest begründet worden, als daß die Nichterlangung des Besitzes derselben dabei etwas releviren könne.

Das über alle diese Prätensionen gefällte Edictalurtheil des Curländischen Oberhofgerichtes ist, — nachdem sowohl im dritten Departement als auch in der allgemeinen Versammlung Eines Dirigirenden Senats keine Entscheidung zu Stande gekommen [3]) — an den Reichs-

---

3) Wenn in einem Senatsdepartement nicht Stimmeneinhelligkeit der urtheilenden Senateure vorhanden, oder der Oberprocureur protestirt, so gelangt die Sache eo ipso an die allgemeine Versammlung, und eben so von dieser an den Reichsrath,

rath gelangt, und hier mit Allerhöchster Genehmigung in totum bestätigt worden. Nachstehendes ist ein kurzer Auszug der, nach Relation der in Betracht kommenden Sachverhältnisse gegebenen Entscheidungsgründe des oberhofgerichtlichen Urtheils.

In der im vorliegenden Falle zu erörternden Disposition sei der Wille eines Familienvaters enthalten, seine Güter „bei der Familie" zu conserviren; es scheine daher am natürlichsten, die primitive Bedeutung dieses Worts, in welcher es die Eltern mit ihren Kindern zu einer häuslichen Gesellschaft vereinigt ausdrücke (Heinsius Wörterbuch), anzunehmen, nicht die weitere Bedeutung, wonach es das ganze gleichnamige Geschlecht bezeichne. Hierin werde man bestärkt durch den passus des Vertrags, worin der Landhofmeister v. S. seine Descendenz von dem ganzen Geschlechte unterscheide, und letzteres nicht die Familie schlechtweg, sondern „die Familie v. S." nenne. Es sei auch nicht zu präsumiren, daß jemand seine weiblichen Descendenten nach dem Aussterben der männlichen zu Gunsten der Collatoralagnaten ausschließen werde, und so sei in der Regel bei Fideicommissen des Deutschen Rechts nur die Nachkommenschaft zur Succession berufen, mit deren Erlöschen die freie Eigenschaft der Güter wieder eintrete, wie denn auch in dem die Wurzel unseres Gesammthandrechts und der Familienfideicommisse bildenden Lehnrechte nur des ersten Erwerbers Descendenz zur Lehnssuccession berufen sei (II. Feud. 50). Knipschildt, Cap. VI. § 146, sage ausdrücklich:

---

wenn im Pleno nicht 2/3 der Stimmen für eine Meinung sich ergeben, oder der Justizminister protestirt.

... Quod in tantum procedere videtur, ut si testator mentionem fecerit familiae et agnationis suae, ne ex ea bona sua unquam egrediantur, id restrictive et personaliter, de sua in specie, non autem in genere de familia sensisse intelligatur, et communis doctorum est conclusio, verba testatoris facientis mentionem familiae intelligenda esse effective, id est, ut comprehendant eos tantum, qui a testatore ipso descendunt, ... et fideicommissum inter personas unius lineae inductum, ad personas alterius lineae non extendi.

Auch habe der Landhofmeister v. S. dadurch, daß er das Rückfallen der Kschen Güter an ihn, bei dem Absterben des ältesten Sohnes ohne männliche Descendenz vorgeschrieben, zu erkennen gegeben, daß er dem ganzen Geschlecht, „der Familie v. S.", keineswegs ein Recht zur Nachfolge habe ertheilen wollen, obschon er seinem Mitpaciscenten die Befugniß einräume, das Fideicommiß seinem auf ihn folgenden Bruder zu übertragen, hinfolglich die unterlassene Uebertragung anzeige, wie der älteste Sohn die Fortdauer des Fideicommisses wieder dem ersten Stifter anheimgestellt, wozu noch komme, daß, wenn es die Meinung des Landhofmeisters gewesen wäre, bereits ein Fideicommiß (oder wie solches nach dem damaligen, auch noch jetzt hin und wieder vorkommenden Sprachgebrauche ausgedrückt sei, eine Gesammthandstiftung) für die ganze Familie v. S. errichtet zu haben, er sich nicht vorbehalten haben würde, daß der Sohn einer erst künftig zu errichtenden derartigen Stiftung

auch mit den Kschen Gütern beitreten müsse. Ferner wäre bei einer beabsichtigten Erstreckung auf Collatoralagnaten die Festsetzung einer Successionsordnung erforderlich gewesen, und bei der in Gemäßheit des vielbesprochenen Transacts später wirklich geschehenen Abtretung des Fideicommisses durch den ältesten an den zweiten Sohn des Landhofmeisters v. S. nur die Nachfolge des dritten und seiner Descendenz stipulirt, keineswegs aber eines Rechts der Collateralagnaten auch nur gedacht worden.

Aus diesen und anderen, im Urtheile ausführlicher entwickelten Gründen entschied das Oberhofgericht dahin, daß mit dem Aussterben der männlichen Descendenz des Landhofmeisters v. S. das Ksche Fideicommiß erloschen, und Provocant mit seinen rechtlich nicht begründeten Ansprüchen auf die Fideicommißfolge abzuweisen sei.

Nunmehr war aber die Frage: wer als eigentlicher letzter Fideicommiß-Besitzer anzusehen sei, der oben erwähnte minorenne, am 3. April 1831 verstorbene v. S., oder dessen Großoheim, der am 13. März 1832 ohne Erlangung des Besitzes mit Tode abgegangene v. S. Für ersteren war angeführt worden, daß für ein fideicommissum conditionatum, — was das Ksche gleichfalls sei, weil es an die Erlegung einer Antrittssumme gebunden, — erst mit der Erfüllung der Bedingung dies cedit, daß aber vor Erfüllung derselben der Honorirte kein Forderungsrecht habe, es daher nicht transmittiren könne, auch die Erben des am 13. März 1832 verstorbenen Großoheims die ihnen etwa zustehende Deliberationsfrist hätten ungenutzt verstreichen lassen 2c.

Das Oberhofgericht hob jedoch hervor, daß wenn

die Erwerbung des Fideicommisses dergestalt von Bezahlung des Antrittspreises abhängig wäre, daß ohne eine solche das Recht selbst verloren gehe, alsdann auch der in der Minorennität verstorbene v. S. das Fideicommiß eben so wenig erworben hätte, wie zu irgend einer weiteren Vererbung desselben als einer freien Erbschaft befähigt gewesen wäre, weil noch immer nicht der Antrittspreis an die Concursmasse seines Vaters bezahlt worden, — es bemerkte ferner, daß, wenngleich die Anwendung des Römischen Rechts auf Deutsche Institute nicht ganz ausgeschlossen sei, da solches im Mittelalter durch die Autorität der Kaiserlichen Gerichte und der Rechtsgelehrten starken Einfluß gewonnen, dennoch dabei vorsichtig zu Werke gegangen werden müsse, wolle man nicht eine Vermengung der lediglich auf Römische Fideicommisse passenden Grundsätze, mit denen des wesentlich davon verschiedenen Deutschen gleichnamigen Institutes zu Wege bringen, — und schloß damit, daß im vorliegenden Falle der Zeitpunkt, wo Jemand ein Recht auf das Fideicommiß erhalten (dies fideicommissi cedit), sehr wohl von demjenigen zu unterscheiden sei, in welchem er den Besitz desselben fordern dürfe (dies fideicommissi venit), woraus denn folge, daß der zum Fideicommiß Berechtigte, derjenige, welchem die Antretung desselben durch den Tod seines stiftungsmäßigen Vorgängers eröffnet worden, das Recht zur Antretung mit dem Tode dieses Vorgängers erhalte, den Besitz des Fideicommisses aber nur gegen Erlegung der Antrittssumme erlangen könne, mithin der am 13. März 1832 verstorbene v. S. durch den Tod seines Großneffen

zum Fideicommiß berufen worden, und die sonach entstehende Frage, ob er das Fideicommiß angetreten, bejahend entschieden werden müsse, weil solche aditio fideicommissi in der Ausstellung der hierauf bezüglichen Vollmacht und Ausübung der Wahlstimme enthalten sei.

Die letzte Frage sei nunmehr, welche Summe die Wittwe und die Tochter des am 13. März 1832 verstorbenen Großoheims, da sie nicht mehr ex pacto et providentia maiorum, sondern lediglich als Allodialerben des letzten Fideicommissars ein Recht auf die Kschen Güter hätten, dafür erlegen müßten? Die Antwort sei einfach: weil sie in die Rechte und Pflichten ihres Erblassers getreten, so müßten sie so viel für die Kschen Güter erlegen, als wozu er sich selbst anheischig gemacht. Und da er in einer zu den Acten gebrachten, von ihm zugestandenermaßen ausgestellten Schrift sich verpflichtet habe, mehr als die ursprüngliche Antrittssumme von 21000 fl. Alb., nämlich gewisse, zur Tilgung der bei der Vindication des Fideicommisses contrahirte Schulden im Betrage von 19969⅔ Rbl. S. M. zu erlegen, wenn das Fideicommiß ihm zufalle, so müsse es dabei sein Bewenden haben. Zwar vermeinten die Wittwe und die Tochter des am 13. März 1832 verstorbenen v. S. die hier in Rede stehende Schrift sei nicht auf dem gehörigen Summenbogen geschrieben, und deshalb für sie nicht bindend, allein dieser Einwand könne sich des richterlichen Beifalls nicht erfreuen, weil, abgesehen davon, daß überhaupt in casu gar kein Stempelbogen auf eine bestimmte Summe nöthig gewesen, da die in der Urkunde enthaltene Anerkennung der zur

Tilgung der Vindicationskosten contrahirten Schulden gültig gewesen wäre, wenn die Summe auch gar nicht genannt, sondern nur so genau wie außerdem noch geschehen (das gegenwärtig auf den Kschen Gütern ruhende, und namentlich von Herrn D. zur Wiedereinlösung der Güter vorgeschossene Darlehen) bezeichnet wäre, zumal bei dem beregten Darlehen der erforderliche Summenbogen gebraucht, und ein zweiter für den erst künftig möglicherweise eintretenden Fall der Anerkennung dieser Verschuldung abseiten des damaligen Fideicommiß-Anwärters somit nicht nöthig sei, — hier in Betracht komme, daß die Entscheidung über die Richtigkeit des gebrauchten Stempelbogens der competenten Corroborationsbehörde zustehe, und durch Annahme desselben und Eintragung des Documents in die Hypothekenbücher die äußere Gültigkeit des Actes in so weit feststehe, daß der Aussteller der Urkunde und Alle diejenigen, die bei der Existenz derselben rechtlich interessirt gewesen, zu dem Glauben berechtigt worden, es sei gegen die äußere Legalität des Acts nichts einzuwenden.

IX.

Die allgemeine Umfrage und das Gemeinde-Urtheil des Russischen Rechts.

Mit besonderer Beziehung auf das Gerichtsverfahren in Esthland.

Von dem Herrn Gouvernements-Procureur Dr. C. J. A. Paucker in Reval.

Die geschichtliche Ansicht der Rechtswissenschaft, sie legt nur darauf das höchste Gewicht, daß der lebendige Zusammenhang erkannt werde, welcher die Gegenwart an die Vergangenheit knüpft, und ohne dessen Kenntniß wir von dem Rechtszustand der Gegenwart nur die äußere Erscheinung wahrnehmen, nicht das innere Wesen begreifen.

von Savigny.

Eine der merkwürdigsten Eigenthümlichkeiten des Russischen Rechts und insbesondere des Gerichtsverfahrens sowohl in Civil- als in Criminalsachen ist die allgemeine Umfrage oder das Zeugniß der Gemeindegenossen, und das für gewisse gesetzlich bestimmte Fälle in ähnlicher Weise zu fällende Gemeinde-Urtheil. Ihre practische Bedeutung wird sich aber vollständig nur bei genauer Entwickelung ihrer allmäligen historischen Ausbildung erkennen lassen, daher wir eine solche den an die Darstellung ihrer Eigenthümlichkeiten, besonders in

Beziehung auf das Esthländische provincialrechtliche Criminalverfahren geknüpften practischen Bemerkungen billig vorausschicken.

§ 1.

Das Zeugniß und Urtheil der Gemeinde in Rechtssachen ist früher den Germanischen Völkern ebensowenig fremd gewesen, wie den Slavischen, und die in England und Frankreich noch jetzt, wenigstens im Criminalverfahren, gesetzliche Jury ist ohne Zweifel aus demselben Institute hervorgegangen. Bei den alten Deutschen finden wir das Zeugniß der Markgenossen von derselben Wichtigkeit und demselben entscheidenden Einfluß, wie die Umfrage früher und gewissermaßen noch jetzt im Russischen Recht genießt. Jacob Grimm sagt in seinen Deutschen Rechtsalterthümern (Göttingen 1828 S. 856), wo er über das Gerichts- und Beweisverfahren bei den alten Deutschen spricht:

„Zeuge war jeder Freie, der bei einem verhandelten Geschäft in der Absicht zugezogen wurde, daß er es nöthigenfalls durch seine Aussage bestätigen konnte, oder auch jeder Markgenosse, dem man, ohne besondere Zuziehung, Kundschaft von einem allgemein bekannten Gegenstand zutrauen mußte."

Und ferner S. 858:

„Markgenossen konnten über alles zeugen, wovon ihnen gemeine Kenntniß beiwohnte, namentlich wenn es auf echtes Eigenthum oder auf Markfrevel ankam. Andere Zeugen galten aber nur für das Geschäft, bei welchem sie zugezogen worden waren,

für Handlungen der freien Willkür sowohl, als für processualische; nicht also für Ereignisse, die sie zufällig sahen oder hörten, namentlich für Verbrechen (Friedensbrüche) zugezogene Zeugen hatten Verpflichtung zur Aussage und konnten manniert werden; die Aussage geschah eidlich, ausgenommen bei den Longobarden. Das abgelegte gültige Zeugniß entschied die Sache, ohne daß vom Gericht noch ein Urtheil gefunden zu werden brauchte; der Zeuge, indem er die Wahrheit sagte (veridicus), war folglich in der That urtheilend, und hieraus leuchtet ein Zusammenhang zwischen Urtheilern und Zeugen hervor, der besonders für die älteste Zeit, wo es noch keine ständigen Schöffen gab, unverkennbar ist. Factische Wahrheit und Rechtswahrheit waren in solchen Fällen eins; die aufgerufenen Mitmärker, die mannierten zugezogenen Zeugen waren alsdann die urtheilenden Rachinburgen."

In ähnlicher Weise waren auch bei der Umfrage der Russen die Befragten sowohl Zeugen als Urtheiler. Während aber bei den Deutschen allmälig das später eindringende Römische Recht die eigenthümliche und selbstständige Entwickelung dieses Instituts zurückdrängte und hemmte, daher die Markgenossen als solche heutiges Tages weder als Zeugen, noch als Urtheiler weiter aufgerufen werden, und sowohl hinsichtlich der Zeugen, als hinsichtlich der Richter die Theorie des gemeinen Rechts überall sich durchgreifende Geltung verschafft hat, entwickelte das Russische vom Römischen unberührt gebliebene alte Recht die in der althergebrachten eigenthümlichen Gemeindeverfassung begründete Umfrage in einer

Weise, welche ihr eine unbestrittene Geltung noch bis heute sowohl im Civil- als im Criminalrecht erhalten, und den Gemeinden ein selbstständiges Urtheil über ihre Gemeindeglieder in den wichtigsten Fällen bewahrt hat.

§ 2.

Vergleichen wir die Quellen und namentlich das von dem um Rußlands ältere Geschichte und Rechte so hochverdienten wirkl. Staatsrath Ewers 1826 in seiner geschichtlichen Entwickelung dargestellte **älteste Recht** der Russen, die Prawda Jaroslaws, deren Alter sich auf das Jahr 1020 mit ziemlicher Gewißheit zurückführen läßt (s. Ewers S. 258 Anm. 5). Um jene Zeit war, wie der Herr Collegienrath von Reutz in seinem wenige Jahre später zu Dorpat erschienenen Versuch über die geschichtliche Ausbildung der Russischen Staats- und Rechtsverfassung § 17 darthut: die Ausführung streitiger Rechte eben so einfach, als das Recht selbst, und, wie dieses, Privatsache entweder der Familie oder der Gemeindeglieder. Aber das Gesetz gab schon Regeln, wie der Beeinträchtigte zu seinem Rechte gelangen sollte, als z. B. Bestimmungen über das Beweisverfahren.

1) Bei körperlichen Verletzungen. [1]) Waren sicht-

1) Die auf solche gesetzten Bußen erinnern auffallend an die ähnlichen Bestimmungen unserer alten Bauerrechte. Vgl. Arndt Livl. Chr. II. S. 28. v. Bunge Beiträge I. S. 34—36 und 81—88 und Dorpater Jahrbücher I. S. 320. Karamsin II. S. 36.

bare Anzeichen der Mißhandlung, ſo braucht der Klä-ger keinen Zeugen. Das einfache Recht ſetzt keinen Zweifel in die Richtigkeit ſeiner Klage. Iſt kein Merk-mal, kein Kennzeichen der Verletzung, dann bringe der Kläger zwei Zeugen bei (Art. 3 und 10).

2) Bei Anforderungen aus dem Eigenthumsrecht. So lange Jemand durch die Selbſthülfe ſich ſeine Sa-che verſchaffen kann, d. i. wenn er ſie im Augenblick der Zueignung wiedernimmt, ſo nehme er ſie; deſſelbigen-gleichen ſo lange ſolches in ſeinem Friedensbezirke [2]) geſchehen kann, denn da iſt er Herr, und wer die Sache ſich dort eigenmächtig zueignet, hat kein Recht gegen ihn und ſeine Verwandten. Iſt aber ſolche Zueignung nicht mehr möglich, dann fordere er von dem Beſitzer ſeiner Sache, daß er die Art der Erwerbung nachweiſe, und mit ihm von Einem zum Andern gehe, bis man den unrechtmäßigen Beſitzer der Sache finden wird. Wörtlich heißt es im Art. 13 des Jaroslaw'ſchen Geſetzes, nach Ewers' Ueberſetzung S. 268:

„Wenn jemand ein fremdes Pferd nimmt, oder Waffe oder Kleid, aber der erkennt es in ſeinem Friedensbezirke [2]); ſo nehme er das Seinige und für das Unrecht 3 Grivnen. Wenn es jemand erkennt, faßt es aber nicht, ſo ſage ihm nicht: es iſt Meines, ſondern ſage ihm alſo: gehe auf die Umfrage [3]), wo

---

2) Въ своемъ миру, jetzt würde es heißen: in ſeiner Ge-meinde oder in ſeinem Gemeindebezirk.

3) Пойди насводъ, гдѣ еси взялъ, heißt genau genommen: gehe auf die Hinführung oder das Führen dahin, wo Du es ge-nommen. Man könnte dies auch wohl ſo verſtehen: gehe, er-

Du es genommen hast. Oder geht er nicht, dann zwei Bürgen auf fünf Tage.“

Dies soll doch wohl nur heißen: wenn Jemand eine Sache bei einem Dritten findet, die er für sein Eigenthum erkennt, ohne sich ihrer wieder bemächtigen zu können, so sei es nicht genug, zu behaupten, daß die Sache sein Eigenthum sei, um ihn davon zu überführen; vielmehr erforderlich, daß er denselben zur Nachfrage an denjenigen verweise, von welchem er die Sache erhalten habe, und von diesem wieder an denjenigen, von dem derselbe den Besitz erlangt, und so fort, bis der ausgemittelt worden, welcher ihm sein Eigenthum genommen. Wollte der Dritte aber nicht sofort auf solche Umfrage gehen, solle er zwei Bürgen stellen, daß er es binnen fünf Tagen thun werde. Ein diesem ganz ähnliches Verfahren, die sog. Folge, fand auch bei den alten Deutschen in dem Vindicationsprocesse Statt.

§ 3.

Wenn wir in jenem Artikel den gesetzlichen Ursprung der Umfrage erkennen, so scheint in dem folgenden auch der Ursprung des Gemeindeurtheils in dem ältesten Gesetze Rußlands nachgewiesen. Es heißt nämlich im Art. 14 nach Ewers' Uebersetzung S. 269:

„Aber wo man übrigens [4]) an einem Andern sucht,

---

kundige Dich dort, wo Du es genommen, bei den Leuten umherfragend, ob das Pferd, die Waffe oder das Kleid nicht mein sei.

4) на друзѣ проче, bei einem Andern weiter; d. h. wenn derjenige, auf welchen der Besitzer des verlornen Eigenthums

und dieser fängt an zu leugnen, so hat er auf die Ausführung vor 12 Menschen zu gehen. Und wenn Unrecht gethan wäre, indem man es nicht gab, so gebührt ihm sein Vieh [5]) und für das Unrecht 3 Grivnen."

Herr v. Reutz a. a. O. erklärt dieses Gesetz so: „Es konnten aber zweifelhafte Rechtsfälle eintreten, gegenseitige Anforderungen beider Parteien, oder die eine leugnet und weigert sich aus Rechtsgründen, eine Sache zurückzugeben oder etwas zu leisten; dann schrieb das Gesetz die Ausführung der Rechtssache vor 12 Männern vor. Diese 12 Männer waren nicht öffentliche Richter, sondern wahrscheinlich frei von beiden Parteien erwählte (vielleicht sechs von jeder Seite?). Wer mit ihrer Rechtsfindung unzufrieden war, mochte zu dem Fürsten oder seinem Richter gehen!"—Hievon spricht das Gesetz nicht, auch deutet Ewers S. 283 dieses in etwas anderer Weise: Wenn jemand, sagt er, sonst etwas von einem Andern fordert, was dieser verweigert, so geht er auf die Ausweisung vor 12 Männern. Und wenn sich ergiebt, daß ihm der Inhaber des streitigen Gegenstandes dadurch Unrecht gethan hat, daß er ihm denselben nicht auslieferte, so gebührt ihm das Seinige und für das Unrecht 3 Grivnen.

---

verwiesen, auf einen Andern weist, und dieser leugnet, so hat er, der Beklagte mit dem Kläger vor den 12 Männern auf die Ausführung (на изводъ) zu gehen, welches wohl nichts anders heißen kann, als vor den Zwölfen diejenigen über ihren Besitztitel zu befragen, von denen die Sache an ihn gekommen war.

5) Ewers erinnert hiebei an die pecunia der Römer in der ursprünglichen Bedeutung.

Die ersten Rechtsideen, fügt er hinzu, über die Zuerkennung des Eigenthums gingen von dem ganz einfachen Satze aus: daß ich das Meinige nehmen darf, wo ich es finde; nun konnte es aber zweifelhaft werden, ob nicht die Sache wirklich dem Anderen gehörte. Deshalb griff man zur Nachweisung des rechtlichen Besitzes bis zum ersten Erwerber hinauf. Diese Nachweisung war eine offenkundige Handlung; sie geschah vor den Augen der ganzen Gemeinde, welcher an Aufrechthaltung des Eigenthumsrechtes gelegen war. Sobald aber das Recht des Eigenthums durch Ausweisung nicht mehr so klar in die Augen springend war, mußte auch ein Dritter dazu kommen, der den Ausschlag gab, d. h. der bestimmte, welches das Ergebniß der Nachweisung, so gut man sie hatte führen können, gewesen sei; und das war natürlich, da die ganze Gemeinde an einer solchen verwickelten Ausweisung nicht Theil nehmen konnte, ein Ausschuß derselben, der groß genug war, sie gewissermaßen repräsentiren zu können. Dieses sind hier die 12 Männer, der Ursprung der Jury. Der Zweck der Ausweisung vor den 12 Männern entsprach dem der einfachen unter den Parteien selbst. Es sollte ausgemacht werden, ob wirklich jemand das Eigenthum des Anderen widerrechtlich sich zugeeignet habe. Fiel das Ergebniß dahin aus, so nahm dieser das Seinige und erhielt überdies Ersatz für das ihm zugefügte Unrecht, 3 Grivnen. — Nach der Auslegung beider gelehrten Forscher scheint demnach aus unserm Gesetze klar hervorzugehen, daß wenn das Ergebniß der Umfrage zweifelhaft oder bestritten war, sie vor 12 unparteiischen Männern der

Gemeinde wiederholt werden mußte, welche, wenn das in Anspruch Genommene mit Unrecht verweigert worden, dem Kläger nicht allein einen mit des Beklagten Vieh zu leistenden Schadensersatz zuerkannten, sondern auch zur Genugthuung für das ihm zugefügte Unrecht noch eine Geldbuße von 3 Grivnen. Aehnlich wie oben Grimm von den Markgenossen, urtheilt Ewers von den Zwölfen der Gemeine S. 301. Die zwölf Männer sprachen über die Thatsache, d. h. sie sprachen das Ergebniß der Nachweisung aus (wie in England das Schuldig oder Nichtschuldig) und dadurch sprachen sie ursprünglich auch das Recht selbst aus, denn das Recht war noch keine besondere Wissenschaft geworden; es ging von selbst aus dem Erfolge der Untersuchungen hervor.

§ 4.

Zur Bestätigung des im Vorhergehenden über die Umfrage Gesagten dient auch der Art. 15:

„Wenn einer einen Sclaven nehmen will, ihn als seinen erkannt habend: so muß man zu jenem führen, bei welchem man ihn erkauft haben wird; aber dieser wendet sich zum Andern und es gehet fort zum Dritten; dann sage dem Dritten: gieb du mir deinen Sclaven; aber du suche dein Vieh mit dem Augenzeugen.“

Es kann hiernach keinen Zweifel leiden, daß die Umfrage ursprünglich nur in der bei den früheren Besitzern des wieder entdeckten Eigenthums über die Art und Weise, wie sie dazu gekommen, eingezogenen Erkun-

digung bestand, bis man den unrechtmäßigen Erwerber oder Dieb entdeckte. Nur hinsichtlich der Sclaven war das Besondere, daß der Kläger nur bis zum dritten Besitzer zurückzugehen brauchte und an Stelle seines eigenen, dessen Sclaven fordern konnte, ihm überlassend, mit dem Augenzeugen seines Kaufs, seinen Vormann im Besitz des Sclaven dessentwegen zur Rede zu stellen, und den unrechtmäßigen Veräußerer aufzusuchen und zur Entschädigung anzuhalten.

Ewers nennt diese Bestimmung, wie die in den beiden letzten Art. 16 und 17 unsers Gesetzes, willkürlich und zufällig, und glaubt, daß sie als spätere Zusätze bloß aus Gründen der Zweckmäßigkeit hinzugefügt worden, wenn nicht von Jaroslaw selbst, so doch zu dessen Lebzeiten; doch scheint uns zu dieser Annahme kein genügender Grund vorhanden, da die Prawda des 13ten Jahrhunderts auch dieses in der alten Rechtssitte der Russen begründete Gesetz weiter ausgeführt, in vollem Zusammenhange mit den früher angeführten Gesetzen über die Umfrage, und für die Eigenthümlichkeit dieser Bestimmung auch ihren besondern Grund geradezu angegeben hat. Es heißt da nämlich in dem Abschnitt: von Sclaven (vgl. Ewers ältestes Recht d. R. S. 320):

„Wenn jemand seinen entwendeten Sclaven erkennt und ergreift, so führe er jenen bezirksweise [6]) bis zur

6) по конамъ, welches Ewers mit Recht gleichbedeutend hält mit по концамъ, indem das alte Nowgorod in 5 Bezirke, концы, getheilt gewesen, deren jeder seine besondere Verwaltung hatte.

dritten Umfrage; dann nehme er einen Sclaven an des Sclaven Stelle, aber jenen überläßt er in Wesenheit und geht bis zur letzten Umfrage. Da er aber kein Vieh ist, so gehe man bis zu Ende, und wo der endliche Dieb sein wird, da gebe man den Sclaven wieder zurück und nehme den seinigen. Und die Unkosten bezahlt jener und dem Fürsten 12 Grivnen Strafe wegen des entwendeten Sclaven."

§ 5.

In gleicher Weise sind die übrigen oben erörterten Gesetze Jaroslaw's über die Umfrage in die Prawda des 13ten Jahrhunderts übergegangen, wie nachstehende Proben darthun:

„Wenn jemand das Seinige erkennt, das ihm verloren oder das bei ihm entwendet ist, entweder Pferd oder Kleidung oder Vieh, so sage er nicht: das ist das Meinige, sondern gehe auf die Umfrage: wo ist es genommen? Sie werde hinabgeführt, derjenige für schuldig erkannt, an welchem der Diebstahl haftet. Dann nimmt er das Seinige, aber was dabei nicht verloren sein wird, das muß man ihm zu bezahlen anheben."

Dieses Gesetz macht wenig Schwierigkeit, deutet aber in dem „schuldig erkannt" auf das Urtheil der Gemeinde, in welcher die Umfrage Statt gefunden. Auf desto größere Zweifel stoßen wir in dem gleich darauf folgenden, ganz ausdrücklich von der Umfrage handelnden Gesetze:

„Und wenn es in einer Stadt ist, so gehet der

Kläger bis zu Ende ihrer Umfrage; ist die Umfrage auf dem Lande, so geht er bis zur dritten Umfrage, und wo die Wesenheit sein wird, [7]) da zahlt ihm der Dritte, bezahlt Marder für die Wesenheit. Aber mit der Wesenheit geht er bis zu Ende der Umfrage, und der Kläger erwartet das Uebrige (прока) und wo es endlich haftet, der muß Alles bezahlen und die Buße."

Als Gegensatz heißt es in dem sich hier anschließenden Art. vom Diebstahle:

„Hinwiederum, wenn jemand etwas Gestohlenes auf dem Markte gekauft hat, entweder Pferd oder Kleidung oder Vieh, der führe zwei freie Männer her oder den Zöllner. Wenn es sich begiebt, daß er nicht weiß, bei wem er kaufte, so sollen die, welche auf dem Markte Augenzeugen waren, zum Eide gehen und der Kläger nimmt das Seinige in Wesenheit. Aber was damit verloren ging, dessen muß er entbehren, und jeder seiner Marder, weil er nicht weiß, bei wem er kaufte. Erkennt er aber nach einiger Zeit, bei wem er kaufte, so nimmt er seine Marder und dieser bezahlt was dabei mit verloren ging, und dem Fürsten die Buße."

Zur Ergänzung des Obigen aber gehört auch der 2te Art. von der Umfrage

„Aber aus jemandes Stadt in fremdes Land ist keine Umfrage, sondern man muß Zeugen aufführen

---

7) что боудеть Лицe, dem die Wesenheit doch wohl kaum entspricht.

oder den Zöllner, vor welchem er gekauft hat. Dann nimmt der Kläger die Wesenheit, aber des übrigen muß er entbehren, was damit verloren ging, und jener muß seiner Marder entbehren."

Ewers, dem wir diese Uebersetzung des alten Rechtsbuches — denn ob Wladimir Monomach oder wie die Ueberschrift vermuthen ließe, schon Jaroslaw Wladimirowitsch dasselbe auch als Gesetz anerkannt habe und promulgiren lassen, ist mehr als ungewiß — verdanken, unter den Beilagen seines ältesten Rechts der Russen, hat leider keine Erklärung der einzelnen Rechtssätze beigefügt, die von einem so ausgezeichneten Kenner des alten Rechts und der alten Geschichte Rußlands nur höchst lehrreich und aufklärend hätte sein können. Auch v. Reutz beschränkt sich nur auf ein paar Bemerkungen in der Anm. 4 zum § 70: das Herumführen von einem Erwerber zum andern sei nicht mehr in ein fremdes Gebiet übergegangen, sondern die Sache niedergeschlagen, indem der Eigenthümer die Sache genommen, der, welcher sie ausliefern müssen, aber ohne Entschädigung geblieben. Auch sei nur in der Stadt das Herumfragen bis ans Ende gegangen, auf dem Lande dagegen nur bis zum dritten Besitzer zurück.

§ 6.

Bei Karamsin, Thl. 2, S. 43 ff. der Deutschen Uebersetzung, weicht die mitgetheilte zur größern Deutlichkeit wohl mehrfältig umschriebene Recension des Russischen Rechts oder der Gesetze Jaroslaws sowohl von dem ältesten Recht der Russen bei Ewers, als

von dessen Erweiterung im 13ten Jahrhundert vielfach ab, doch stimmen die Art. XV. und XVI. in ihrem wesentlichen Inhalte mit den obigen Gesetzstellen ziemlich überein, und dürften so auch mit zu ihrer Erklärung dienen.

Art. XV. „Wenn jemand Kleider und Waffen vermißt, so soll er dies auf dem Markte öffentlich anzeigen. Wenn er diese Gegenstände bei einem Bewohner der Stadt erkennt, so hält er mit ihm Umfrage, d. h. er erkundigt sich dort, wo dieser die Sachen erhalten hat. Indem er auf diese Art nun von Einem zum Andern geht, entdeckt er den wirklichen Dieb, der ihm für seine Schuld drei Grivnen zahlt, die Sachen aber bekommt der Eigenthümer zurück. Wenn man aber die Bewohner eines Kreises als schuldig anzeigt, so nimmt der Kläger das Strafgeld von dem dritten Befragten, der mit der erkannten Sache weiter geht, und endlich bezahlt der entdeckte Dieb für Alles nach dem Gesetze. Wer da sagt, daß er das Gestohlene bei einem ihm unbekannten Menschen oder Bewohner eines andern Gebiets gekauft habe, der muß zwei Zeugen, freie Bürger oder einen Zöllner, stellen, damit sie mit einem Eide die Wahrheit seiner Aussage bekräftigen. In diesem Falle nimmt der Eigenthümer das ihm Gehörige zurück, der Käufer verliert die Sache, kann aber den Verkäufer aufsuchen."

Art. XVI. „Wenn ein Knecht [8]) gestohlen wird,

---

8) Weiter unten wird er auch nur ein Sclave genannt.

so hält der Herr, wenn er ihn erkannt hat, mit ihm gleichfalls Umfrage von Einem zum Andern, und der dritte Befragte muß ihm seinen eigenen Knecht geben, geht aber mit dem gestohlenen Knechte weiter (suchen). Ist der Schuldige entdeckt worden, so bezahlt er alle Unkosten und 12 Grivnen dem Fürsten, und der dritte Befragte nimmt wieder den von ihm anstatt des gestohlenen Sclaven zum Pfande gegebenen zurück."

Strahl, welcher bei Darstellung der Rechtsverfassung in der Geschichte des Russischen Staats vornehmlich Ewers und v. Reutz folgt, verweilt Thl. I. S. 406 nur kurz bei unserm Gegenstande:

„Sein gestohlenes Eigenthum konnte Jeder, wo er es auch fand, wieder an sich nehmen, doch mußte er zuvor seinen Verlust, wenn er sonst nicht kundbar geworden, auf dem Markte (на торгу) öffentlich bekannt machen. Um den Dieb auszumitteln, stellte man eine Umfrage an (ити на сводъ), forschte von einem Besitzer zum andern, und wer nicht gehörig nachweisen konnte, wie er die Sache erworben, der wurde als Dieb angesehen und bestraft."

Nach allem dem reduciren sich die Rechtsbestimmungen des 13ten Jahrhunderts über die Umfrage darauf, daß

1. solche sich wie früher zunächst nur auf Ausmittelung verlorenen oder gestohlenen Eigenthums beschränkte;
2. solche nur in der Stadt bis zum letzten Erwerber,

der sich über seinen Besitz nicht rechtfertigen konnte, ausgeführt ward;

3. auf dem Lande dagegen, wohl nur wegen des weiten Umfanges des Kreises, der Kläger mit dem Beklagten nur bis zu seinem dritten Vormann im Besitze zu gehen brauchte, diesem überlassend den ersten unrechtmäßigen Erwerber aufzusuchen, um seinen Schaden hinsichtlich des dem Kläger zurückgegebenen Eigenthums wieder einzuholen;

4. der Dieb oder unrechtmäßige Erwerber nicht allein den Werth der Sache, sondern auch Alles, was mit dem Aufsuchen derselben an Zeit und Geld verloren ging, wieder ersetzen, und außerdem noch die Buße für sein Vergehen, jetzt aber nicht mehr der Partei, sondern dem Fürsten zahlen mußte.

5. Die Einrede, daß man die als fremdes Eigenthum erkannte Sache auf öffentlichem Markte gekauft, machte den Beklagten von der Verantwortung frei, wenn er sie durch eidliches Zeugniß zweier freien Bürger oder eines beim Kauf zugegen gewesenen Zollbeamten erweisen konnte.

6. Wer sich auf den Kauf von unbekannten Leuten oder an außer dem Gebiete seiner Gemeinde belegenen fremden Orten berief, wo keine Umfrage Statt finden konnte, mußte die Sache dem Eigenthümer ohne alles Entgeld herausgeben, doch blieb ihm der Regreß an die Verkäufer offen, falls er sie später ausmittelte.

7. Auch bei Aufsuchung des Entwenders eines Sclaven brauchte der Kläger nur bis zum dritten seiner

letzten Beſitzer die Umfrage anzuſtellen, und konnte dann einen andern Sclaven fordern, während der Geſtohlene mit jenem dritten Beſitzer bis zu dem erſten, der ihn entwendet, nach der Ausſage des Sclaven zurückgehen mußte. Dieſer mußte denn allen Schaden erſetzen, und dem Fürſten die Buße für ſein Vergehen erlegen, der Eigenthümer erhielt aber ſeinen geſtohlenen Sclaven wieder, und gab den ihm als Pfand einſtweilen abgetretenen Sclaven auch ſeinem Herrn zurück.

8. Ob in zweifelhaften Fällen außer der Gemeinde, auch ein eigener Richter oder der Statthalter im Namen des Fürſten oder dieſer ſelbſt die Umfrage anſtellen ließ, und deren Ergebniß als Urtheil ausſprach, iſt wohl nicht gewiß, doch ſcheint Manches dafür zu ſprechen [9]), des Ausſchuſſes von 12 Männern aber wird in der Prawda des 13ten Jahrhunderts nicht mehr gedacht.

§ 7.

In dem unter dem Großfürſten Iwan Waſſiljewitſch des Großen 1497 von einem Djak Wladimir Gußew aus alten Rechtsurkunden zuſammengetragenen Gerichtsbuch [10]) finden wir nur eine auf unſern Gegenſtand bezügliche Beſtimmung, welche das alte Jaroslaw'ſche Geſetz weiter ausdehnt:

„Wer eine neue Sache in Gegenwart von zwei

9) v. Reutz § 68. Anm. 2. S. 244.
10) Karamſin VI. S. 281.

oder drei rechtlichen Zeugen gekauft hat, bleibt im Besitz derselben, wenn sie auch gestohlen wäre, jedoch mit Ausnahme eines Pferdes."

Gestohlene Pferde und alte gebrauchte Sachen machten also eine Umfrage nach dem alten Rechte nöthig, damit der Eigenthümer zu dem Seinigen gelangte, und die Zeugen des Kaufs, welche durch das falsche Vorgeben des Verkäufers nur zu leicht getäuscht werden konnten, schützten den Käufer nicht vor der Rückgabe.

§ 8.

Eine andere, der bisherigen jedoch verwandte Tendenz erhielt die Umfrage in dem auf Befehl des Zaren Iwan Wassiljewitsch II. des Schrecklichen 1550 verfaßten Sudebnik; (vgl. Karamsin IX. S. 69, auch v. Reutz § 120:)

„Wenn jemand des Diebstahls beschuldigt wurde, so mußte zur Umfrage (обыскъ) geschritten werden, d. h. man zog bei den Nachbaren Erkundigungen über ihn ein; einen als schlecht bekannten Menschen brachte man auf die Folter, und sperrte ihn zeitlebens ein, wenn er nicht bekannte; einen Menschen, der bei der Untersuchung als brav befunden wurde, richtete man nach den Gesetzen. Den Ausreden des Diebes glaubte man nicht ohne das Zeugniß von funfzehn oder zwanzig ehrbaren Bürgern. Falsches Zeugniß wurde mit Ersatz der Klage und Kosten des darauf Verurtheilten und Knutenstrafe beahndet. Wenn aber bei der Umfrage sich ergab, daß ein Theil gelogen hatte, so wurden von den Aeltesten und besten Bauern 5 oder

s ausgeſucht und mit der Knute geſchlagen, Geiſtliche aber ſchickte man an ihre competenten Vorgeſetzten. Außerdem trugen ſie Schadensersatz und Gerichtskoſten.“

„Den Bojaren, Djaken, allen Gerichtsbeamten und Adligen wurde angeſagt, in ihren Dörfern zu befehlen, daß ihre Knechte und Bauern die Wahrheit ausſagten, bei Vermeidung der Zariſchen Ungnade. Wenn bei einer Unterſuchung die Ausſagen der Menſchen verſchieden, die einen zu Gunſten des Klägers, die andern zu Gunſten des Beklagten ſind, ſo iſt der Stimmenmehrheit von 50 oder 60 Stimmen zu glauben; wenn die Stimmen gleich ſind, ſo ſoll neue Nachfrage angeſtellt, und Leute aus andern nahegelegenen Ortſchaften ſollen herbeigerufen werden, um die Wahrheit zu erforſchen. Das Hauptgeſchäft der Staroſten iſt, Betrügereien und Verabredungen bei öffentlichen Zeugniſſen zu verhüten; im Falle der Nachläſſigkeit aber, der Gewiſſenloſigkeit und Parteilichkeit dieſer Wahlbeamten, ſollen ſie ohne Barmherzigkeit geſtraft werden. Wenn die Leute eines Bojaren oder Edelmannes falſches Zeugniß reden, ſo unterzieht ſich ihr Herr dem Zorne des Zaren; wenn aber der Herr ſelbſt dem Zaren ihre Lüge anzeigt, ſo iſt er unſchuldig.“

Es ergiebt ſich daher in dem neuen Geſetze ein ganz verſchiedener Character der Umfrage. Sie ſollte zwar jetzt, wie früher, dienen, die Wahrheit zu ermitteln, war aber nicht mehr bloß auf den Fall beſchränkt, da der unrechtmäßige Erwerber oder Dieb einer abhanden ge-

kommenen und wieder entdeckten Sache ausgemittelt werden sollte durch Nachfrage bei jedem späteren Besitzer, sondern sollte bei erregtem Verdacht gegen einen vermeintlichen Dieb über ihn und sein früheres Leben und Treiben Auskunft geben, worüber seine Nachbarn und Mitgenossen das sicherste Zeugniß ablegen konnten. Auch in Civilrechtsstreitigkeiten war die mit besonderen Formalitäten in der Gemeinde angestellte Umfrage (обыскъ) nach v. Reutz § 164 üblich; und in § 170 führt er Karamsin's Zeugniß an, daß in Criminalsachen das Untersuchungsverfahren im Wege der Umfrage immer mehr gebräuchlich ward, welches auch der Sudebnik in den obenangezogenen Stellen vollkommen bestätigt. Auch heißt es da ferner:

„Ueber den von einem überführten Diebe als Mitschuldigen Denuncirten galt gleichfalls das Resultat der Umfrage, nach welchem der Angeschuldigte entweder gefoltert oder auf Bürgschaft entlassen wurde."

Daher scheint es, daß das Zeugniß von 10 bis 15 Adlichen oder 15 bis 20 Bauern und Geschworenen, von Beweisen unterstützt, daß der Angeschuldigte schon früher etwas gestohlen oder gestohlenes Gut angenommen habe, auch gegen die hartnäckig Leugnenden einen vollen Beweis lieferte. Und so ist es kaum zu bezweifeln, daß was die Gemeinde bei der Umfrage einstimmig ausgesagt, auch als ihr Urtheil in der Sache, solche in der Regel entschied, und nur wenn das Ergebniß zweifelhaft oder die Befragten mit einander im Widerspruch waren, es der förmlichen Entscheidung des Richters oder Statthalters bedurfte.

§ 9.

Das vom Zaren Alexei Michailowitsch am 3. October 1649 bestätigte Gesetzbuch, die Uloshenie, liefert noch ausführlichere Bestimmungen über die Umfrage sowohl bei dem gerichtlichen Verfahren in Civilsachen, wovon das 10te Hauptstück im Art. 161—173 handelt, als bei dem Untersuchungsverfahren in Criminalsachen, dem im 21sten Hauptstück die Art. 28 und 29, 35, 38 und 39 gewidmet sind. Um Wiederholungen von Einzelnheiten zu vermeiden, die uns schon aus dem Vorhergehenden bekannt sind, begnügen wir uns, die wesentlichsten neuen Bestimmungen der Uloshenie im Folgenden hier mitzutheilen:

„Trug einer der streitenden Theile darauf an, bei vielen Leuten einer Gegend eine Umfrage anzustellen, so durften jene nicht verworfen, auch nicht bloß einige bestimmte Personen unter denselben vorzugsweise als Zeugen in der Sache aufgeführt werden. Der Richter mußte Beauftragte zur Anstellung der Umfrage absenden (сыщики), welche zuförderst alle zu Befragenden beeidigten, oder ihnen (nach ihrem Glauben und Stande) bloß ein Versprechen an Eides Statt abnahmen, dann ihre Aussagen verzeichneten und von ihnen unterschreiben oder (mit Kreuzen) bezeichnen ließen. Bei der Befragung wurden die Aussagen und Reden der Herren von denen ihrer Leute und Bauern abgesondert verzeichnet. Niemand wurde befragt, der nichts von der Sache zu wissen vorgab; wer aber dies nur fälschlich vorgegeben, oder wer zwei verschie-

dene Aussagen über denselben Umstand gethan, welches, wie Widersprüche unter den Befragten, durch Confrontation und weitere Untersuchung ausgemittelt werden konnte, wurde gestraft. Der Gegner konnte aus erweislichen Gründen wohl einen und den andern, als der Parteilichkeit verdächtig, aus der Umfrage verwerfen, aber nicht ohne Grund, und nicht ganze Geschlechter mit ihrer Verwandtschaft. Er durfte sich auch nicht an den Ort hin begeben, wo die Umfrage geschah; und mußte ihn, selbst wenn es sein Wohnort war, um solche Zeit meiden. Wer auf die Umfrage hin verurtheilt worden, und die fälschliche Aussage der Mehrzahl, worauf die Entscheidung gegründet war, nachweisen konnte, war berechtigt, auf genauere Nachforschung hierüber zu dringen, und konnte seinen Regreß an diejenigen nehmen, welche seine Verurtheilung widerrechtlich veranlaßt hatten." [11])

Auch im Criminalrecht galt die Umfrage als das wesentlichste Erforschungsmittel, auf deren Resultat hin, nach der Ulofbenie, namentlich die Folter angewendet ward.

„Bei Anschuldigungen, die der Gefolterte gegen andere Leute, als die ihn ergriffen und eingeliefert hatten, vorbrachte, ward die Umfrage angestellt, und wenn sie für den Angeschuldigten ungünstig ausfiel, gegen ihn die Folter angewandt. Eben so gegen Herumtreiber, die Niemand kennt. Selbst über angesehene Leute mußte die Umfrage entscheiden, ob die

11) Vgl. v. Reutz S 307.

Folter gegen sie anzuwenden sei. Bei solchen aber, die schon früher in Untersuchung gestanden hatten, genügte die bloße Anschuldigung zur Anwendung der peinlichen Frage. Bei Anschuldigungen Adliger und Beamteter nebst ihren Leuten wurde die Folter erst gegen diese, und wenn sie Anschuldigungen gegen jene vorgebracht, auch gegen jene angewendet; gestand der Gefolterte nicht, so ward Umfrage über seinen Character angestellt, und fiel diese ungünstig für ihn aus, von neuem die Folter angeordnet; war sie ihm aber günstig, der Angeschuldigte gegen Bürgschaft entlassen." [12])

Man muß gestehen, daß hiernach das Sprüchwort: vox populi, vox Dei, bei keinem Volke so tiefen Grund hat, als bei den Russen; indem auch der Umfrage zu der Zeit der Ordalien ohne Zweifel nur die Idee den Ursprung gab, daß sich in der Stimme des Volkes über den Angeklagten das Urtheil Gottes kund gebe, hierauf aber das Beweisverfahren der Russen, welchem die Umfrage in Civil- und Criminalsachen noch jetzt zum Grunde liegt, seit Alters vorzugsweise gestützt worden.

§ 10.

Auch in den letzten zwei Jahrhunderten ist die Uloshenie die Grundlage der noch bestehenden Vorschriften über die allgemeine Umfrage geblieben, wiewohl solche durch spätere von Zeit zu Zeit emanirte Verordnungen

12) Vgl. v. Reutz § 314.

näher bestimmt und ergänzt worden sind: am 22. Jan. 1669, 9. Aug. 1691, 30. Nov. 1710, 6. Jan. 1719, 23. Aug. 1742, 10. Febr. 1763, 31. Juli 1766, 7. Nov. 1775, 8. April 1782, 12. Oct. 1811, 31. Dec. 1824 und 24. Sept. 1826. Alle diese Gesetze finden wir im Russischen Civilrecht im 10ten Bande der Reichsgesetze in wenige §§ zusammengedrängt, die als das allgemeine in ganz Rußland gegenwärtig geltende Recht über die allgemeine Umfrage hier einen Platz finden mögen.

§ 1821. „Wenn es erforderlich, sich in einer Sache von einem Umstande zu überzeugen, welcher allen oder doch vielen Einwohnern eines Orts bekannt sein kann; so gehört es sich, eine allgemeine Umfrage darüber anzustellen, d. h. die benachbarten Einwohner darum zu fragen."

§ 1822. „Wenn die Streitenden Zeugen vorgestellt oder beide Theile gemeinschaftlich sich auf die Aussage derselben Personen berufen (общая ссылка) haben, so ist es verboten, in einer solchen Sache auch die allgemeine Umfrage anzustellen."

§ 1823. „Wenn aber in Ermangelung anderer Beweise eine Berufung auf die allgemeine Umfrage stattgefunden hat, so ist es den Streitenden untersagt, sich auf einige aus der Zahl der Umfrage-Leute namentlich zu berufen. Solche Berufungen werden nicht angenommen, und wird die Sache, nachdem die Umfrage unter allen Leuten ohne Auswahl veranstaltet worden, entschieden.

§ 1824. „Die allgemeine Umfrage heißt die kleine, wenn nur die nächsten benachbarten Leute, die

große, wenn nicht bloß die nächsten, sondern auch die entfernteren Nachbarn befragt werden.

§ 1825. „Wenn bei Anstellung der allgemeinen Umfrage sich ergiebt, daß mehr nicht als 20 bis 30 Menschen da sind, so müssen der zur Veranstaltung der Umfrage Delegirte und die streitenden Theile bekräftigen, daß andere benachbarte Leute nicht vorhanden sind; dann wird diese Umfrage als eine allgemeine angenommen."

§ 1826. „Bei Anstellung der allgemeinen Umfrage ist es weder dem Kläger, noch dem Beklagten erlaubt, irgend einen von den Umfrage-Leuten abwendig zu machen (отвеспш, wegzuführen), wenngleich die Ursache der Abwendigmachung nur eine freundschaftliche oder verwandtschaftliche Verbindung dieser Umfrage-Leute mit den Parteien wäre."

§ 1827. „Bei Veranstaltung der allgemeinen Umfrage können die Parteien und ihre Bevollmächtigten nicht zugegen sein; im Fall ihres Wohnens an dem Orte sind sie verpflichtet, von dort wegzufahren."

§ 1828. „Die Umfrage-Leute werden von der Polizei an ihrem Wohnorte befragt."

§ 1829. „Der zur Anstellung der allgemeinen Umfrage Delegirte ist verpflichtet:

1. umzufragen nach Wahrheit, nicht dem Freunde zu gefallen, noch am Feinde sich zu rächen;
2. den Umfrage-Leuten keine Mustervorschrift zu geben (d. h. keine Anweisung dazu, was namentlich sie aussagen sollen), und strenge darauf zu sehen, daß Andere ihnen dergleichen nicht geben;

3. die Umfrage-Leute zu ermahnen, die lautere Wahrheit zu reden, nach dem Gebot des Evangeliums, ohne Furcht vor Jemand und ohne Parteilichkeit für Jemand;
4. einen jeden von den Umfrage-Leuten besonders zu fragen, und darauf zu sehen, daß, wenn sie zusammenkommen, sie keine lügenhaften Aussagen thun, indem er ihre Aussagen ihnen abnimmt unter ihrer eigenhändigen Unterzeichnung, oder Unterschrift derer, denen sie darin vertrauen, und darauf sieht, daß dies in Gegenwart derer geschehe, welche ihnen dabei vertrauten;
5. nicht zu erlauben, daß die Aussagen der Umfrage-Leute für ganze Familien unterschrieben werden, sondern für jeden besonders, überhaupt auch die Aussagen von Leuten verschiedenen Standes nicht vermischend, und besonders den Edelleuten verbietend, sich zugleich mit ihren Bauern und Leuten zu unterschreiben."

§ 1830. „Nach Vernehmung der Aussagen der Umfrage-Leute fällt das Gericht seine Entscheidung nach Mehrheit der Umfrage-Stimmen, wenn nicht andere wichtigere Beweise vorhanden sind."

§ 1831. „Wenn einer der streitenden Theile vorstellen wird, daß die größere Hälfte der Umfrage-Leute eine unwahre Aussage gethan, die kleinere Hälfte aber die Wahrheit gesagt, so ernennt das Gericht von beiden Hälften die Besten, von Hundert zwei, wo weniger als Hundert, je einen von jeder Hälfte, und stellt sie einander gegenüber von Angesicht zu Angesicht,

daraus zu folgern, wessen Aussage die richtigere (wahrhaftigere) sei."

§ 1832. „Wenn bei der Confrontation die kleinere Hälfte die größere ihrer lügenhaften Aussage überführt, so fällt das Gericht die Entscheidung nach der Aussage der kleinern Hälfte, zum Vortheil dessen, welcher von der größern unwahr für schuldig erklärt worden."

§ 1833. „Wenn Jemand von den Umfrage-Leuten wegen Nichtkenntniß der Sache keine Aussage thut, so wird ihm dies nicht zur Schuld angerechnet; für unwahres Vorgeben von Unkenntniß oder verschiedene Reden über einen und denselben Gegenstand und für lügenhafte Aussagen unterliegen die Umfrage-Leute aber, außer der in den Criminalgesetzen darauf gesetzten Strafe, auch der Beitreibung aller dadurch verursachten Schäden."

§ 11.

Der Criminalproceß wiederholt die obigen Bestimmungen des Civilprocesses über die allgemeine Umfrage zum Theil wörtlich, namentlich §§ 1821, 1824, 1828, 1829, 1831 und 1833, denen im Criminalgesetzbuch Bd. 15 der Reichsgesetze die §§ 982, 983, 985, 989, 991 und 993 entsprechen, außer daß hier vom Angeschuldigten die Rede ist, wo dort der streitenden Parteien erwähnt worden. Abweichend dagegen sind die Bestimmungen, welche in der Uebersetzung hier folgen:

§ 984. „Bei der allgemeinen Umfrage in Criminalsachen werden bloß glaubwürdige Leute befragt.

Von derselben werden entfernt: Blöd- und Wahnsinnige, Taubstumme und Minderjährige unter 15 Jahren, Kinder wider ihre Eltern, freigelassene Leibeigene in Sachen ihrer Erbherren; Dienstleute in Sachen derer, in deren Dienst sie sich befinden; auch ist es verboten, zur Umfrage Leute zu verzeichnen, die etwas nur vom Hörensagen wissen. Bei Berücksichtigung dieser Ausnahmen wird von dem Angeschuldigten weiter keine Ausstellung (Abwendigmachung, отводъ) wider die Umfrage-Leute angenommen."

§ 986. „Priester und Klostergeistliche werden bei der Umfrage auf ihren Priestereid und ihr Klostergelübde befragt, die übrigen aber nach vorgängiger Ermahnung nach dem Gebote des Evangeliums."

§ 987. „Bei Veranstaltung der allgemeinen Umfrage ist nach Möglichkeit dem vorzubeugen, daß sich die Angeschuldigten selbst, oder solche Leute, die ihre Sache führen, nicht am Orte der Umfrage befinden."

§ 989. „Obwohl der Angeschuldigte die Umfrage-Leute nicht entfernen (отвести, recusiren) kann, so kann er bei der kleinen allgemeinen Umfrage doch die Feindschaft solcher benachbarten Leute darthun, und die Anstellung der großen allgemeinen Umfrage verlangen."

§ 990. „Bei Vernehmung der Aussagen der Umfrage-Leute giebt die Stimmenmehrheit den Ausschlag."

§ 992. „Dem Angeschuldigten steht es frei, auch die Aussagen der Umfrage-Leute zu widerlegen durch Beibringung klarer Beweise zur Ueberführung der Unwahrheit ihrer Aussagen. Diese Beweise oder Wi-

derlegungen ſind nach denſelben Regeln zu unterſuchen, welche bei Einreden wider die Ausſagen von Privatzeugen vorgeſchrieben ſind, d. h. der Angeſchuldigte iſt von Angeſicht zu Angeſicht den Umfrage-Leuten gegenüber zu ſtellen (mit ihnen zu confrontiren)."

Außerdem beſtimmt der Criminalcodex noch zur Beahndung falſchen Zeugniſſes bei der allgemeinen Umfrage oder der Verleitung dazu, in dem Capitel über Meineid, falſches Zeugniß und lügenhafte Ausſage bei der Umfrage:

§ 756. „Diejenigen, welche bei der allgemeinen Umfrage lügenhaftes Zeugniß geben, werden mit der Plette beſtraft, wenn ſie von Leibesſtrafe nicht befreit ſind. Leute von geiſtlichem Stande werden ihrer Obrigkeit zugeſandt, um mit ihnen nach kirchlichen Regeln zu verfahren. Außerdem werden die Umfrage-Leute, welche lügneriſche Ausſagen gethan, verpflichtet, die Schäden zu erſetzen, welche dem durch die lügneriſchen Ausſagen Verletzten verurſacht worden ſind."

Anm. Nach den Allerhöchſt am 21. April 1785 dem Adel und der Bürgerſchaft in den Städten verliehenen Gnadenbriefen verlieren Adelige für lügenhafte Ausſagen (за лживые поступки, Vergehungen durch Lügen) den Adel, und Bürger ihren guten Namen.

§ 757. „Wer von den zur Anſtellung der allgemeinen Umfrage Delegirten ſich unterfängt, es vorzuſchreiben, wie die Umfrage-Leute bei der Umfrage ausſagen ſollen, oder zuwider der ihm ertheilten Inſtruction etwas verabſäumt und mit Vorſatz unterläßt, oder aus Eigennutz und wegen empfangener Ge-

schenke nicht erfüllt, der wird bestraft, wenn er in einem Range steht oder von adlicher Herkunft ist, mit Haft im Laufe von 6 Monaten unter strengem Gewahrsam, wenn er aber aus der Zahl von Leuten ist, die der Leibesstrafe unterliegen, so wird er durch Polizeidiener mit der Plette bestraft und zum Soldaten, im Fall seiner Untauglichkeit zum Militairdienste aber, zur Arbeit abgegeben; außerdem werden von ihm die Schäden, welche dem Gekränkten verursacht worden, zum Besten des letztern beigetrieben."

§ 12.

Im Civilproceß gilt das Ergebniß der Umfrage in Ermangelung anderer besserer Beweise als entscheidender Beweis, auch ohne vorhergegangene Beeidigung der Umfrage-Leute. Im Criminalproceß dagegen verfügt § 1053 des Criminalrechts im 15ten Bde der Reichsgesetze:

„Die allgemeine Umfrage über die Aufführung des unter Gericht Stehenden wird nicht als vollständiger Beweis eines begangenen Verbrechens angenommen, sondern dient nur zur Verstärkung anderer Beweise."

Hinsichtlich des Ergebnisses der verschiedenen Aussagen aber heißt es im folgenden §, wie über Civilproceß oben schon angeführt worden:

„Unter den Aussagen der Umfrage-Leute hat die Mehrheit der Umfragestimmen das Uebergewicht über die Minderzahl, ausgenommen wenn bei der Confrontation die kleinere Hälfte die größere einer lügenhaften Aussage überführt."

Weitere Bestimmungen finden sich im allgemeinen Theile des Criminalprocesses über die Umfrage nicht, und man kann nicht in Abrede stellen, daß, so beschränkt auf bloßes Leumundszeugniß, die allgemeine Umfrage beim gerichtlichen Verfahren in Criminalsachen eben so nützlich als zweckmäßig erscheint, um ein unparteiisches Zeugniß über die Führung und den bisherigen Lebenswandel des Angeschuldigten zu erhalten. Es darf jedoch diesem der Gegenbeweis durch andere Beweismittel, Urkunden namentlich und Zeugen, nicht benommen sein, und möchten in solcher Collision Dienstzeugnisse der Vorgesetzten und eidliche Aussagen von 2 oder 3 übereinstimmenden Zeugen jedenfalls dem Ergebniß der allgemeinen Umfrage vorgehen, da solches mehr nur ein näheres oder entfernteres Indicium wider den Angeklagten abzugeben vermag, als einen förmlichen Beweis, wie Urkunden und eidliche Zeugenaussagen. Wenn aber auch das Ergebniß der allgemeinen Umfrage nicht mehr wie zur Zeit der Uloshenie ein Motiv zur Anwendung der Folter werden kann, da Kaiser Alexander hochgesegneten Andenkens schon beim Antritt seiner Regierung die Tortur als einen schmachvollen Ueberrest der Barbarei früherer Jahrhunderte im Russischen Reiche abgeschafft hat, so kann es doch, in manchen besondern Fällen, einen Grund mehr abgeben, wider einen verdächtigen Angeschuldigten die nähere gerichtliche Untersuchung zu verhängen, oder einen Unverdächtigen von der Anschuldigung und fernerer Untersuchung zu befreien. Dies ist namentlich im § 425 und 1380 der Criminalgesetze hinsichtlich der verabschiedeten Militair- und Civilbeamten

außer Dienst vorgeschrieben, welche sich dem Trunk und andern Thorheiten und Ausschweifungen ergeben haben, und in solchem Zustande an öffentlichen Orten von der Polizei ergriffen werden, und, wenn diese ihre schlechte Führung bei der allgemeinen Umfrage bestätigt wird, dem Gerichte zu übergeben sind.

Aber auch auf die Entscheidung über den Angeschuldigten, falls er des bezüchtigten Verbrechens nicht überführt ward, kann die Umfrage von dem wesentlichsten Einfluß sein, wie aus dem im allgemeinen Theil des Criminalcodex im Abschnitt von dem Maaß der Schuld und Strafe enthaltenen, zum Theil noch aus der Uloshenie stammenden und nur den späteren Gesetzen näher angepaßten Verordnungen erhellet:

§ 110. „Wenn ein der Theilnahme an Diebstahl oder Raub Beschuldigter solche leugnet, und derselben nicht völlig überwiesen ist, darauf aber bei der allgemeinen Umfrage belobt wird; so ist er, in Verdacht bleibend, den Umfrage-Leuten, welche ihn gelobt, auf Bürgschaft abzugeben."

§ 111. „Wenn aber die Gemeinde (селенie, das Dorf, die Niederlassung) einen bei der allgemeinen Umfrage nicht belobten unter Gericht befindlichen Angeschuldigten nicht auf Bürgschaft nimmt, so ist derselbe, mit Rücksicht auf die Wichtigkeit der Anschuldigung und auf die Stärke des Verdachts, entweder zur Ansiedelung zu verschicken, oder zum Militairdienst abzugeben, oder unter Aufsicht der Polizei zu stellen."

§ 13.

Erwägen wir nun den Einfluß der allgemeinen Umfrage auf das Esthländische Provincialrecht, so ergiebt sich, daß es diesem, nicht bloß vor der Unterwerfung Esthlands unter den Russischen Scepter, sondern auch seitdem bis auf die neueste Zeit völlig fremd geblieben ist. Denn wenngleich die Umfrage mit andern Rechtsbestimmungen der ältesten Prawda auf Skandinavischer Rechtsansicht und Sitte beruhen mag, die, wie Karamsin, Ewers und v. Reutz theils zugeben, theils selbst darthun, durch die mit Rurik in Rußland eingewanderten Waräger auch hierher verpflanzt und hier einheimisch wurde, und also ohne Zweifel Germanischen Ursprungs ist, wie auch die Aehnlichkeit dieses Instituts mit dem Zeugniß der Markgenossen bei den Altgermanischen Völkern dafür zeugt, so haben wir doch oben schon gesehen, daß das Deutsche Recht, auf dem vorzugsweise unser Provincialrecht beruht, die in solchem Zeugniß der Markgenossen sich vorfindenden Elemente desselben Instituts nicht weiter entwickelt und wie das Russische Recht selbstständig ausgebildet hat. Auch das gemeine Recht, das wie in Deutschland so auch in Esthland als Hülfsrecht schon seit drei Jahrhunderten allmälig immer tiefere Wurzeln zu schlagen begann, hat nichts der allgemeinen Umfrage Aehnliches im Civil- und Criminalproceß aufzuweisen, und eben so wenig das Schwedische Stadt- und Landrecht, dessen practische Geltung für Esthland überhaupt sehr beschränkt gewesen ist, und sich fast nur auf einzelne den Esthländischen Behörden spe-

ciell ertheilte oder ausdrücklich auf sie mit ausgedehnte Schwedische Verordnungen zurückführen lassen dürfte, und auf solche, die ihrer practischen Zweckmäßigkeit wegen, in Ermangelung anderer positiver Gesetze gleicher Art, sich durch die Praxis allmälig Geltung verschafft haben. Auch während der Russischen Regierung ist in Esthland der Grundsatz stets anerkannt und durch die obersten Reichsbehörden als unbestritten aufrecht erhalten worden, daß das Reichsrecht hier nur in den Fällen gelte und von den Behörden ihren Verfügungen und Erkenntnissen zum Grunde zu legen sei, wenn es ausdrücklich für diese Provinz gegeben oder mit dem Allerhöchsten Willen auf sie ausgedehnt worden ist, oder die Parteien und Behörden es freiwillig in Ermangelung anderer entgegenstehender oder zweckmäßigerer Bestimmungen des Provincialrechts in vorkommenden Fällen practisch angewendet haben. Dies ist aber mit der dem Russischen Rechte, wie gezeigt, allein eigenthümlichen allgemeinen Umfrage in Esthland bisher nie geschehen, und hat man hier erst durch den Swod der Reichsgesetze, also seit nicht einmal einem Decennium, dieses Institut einigermaßen kennen gelernt. Durch die Vergleichung eben dieses Swod der Russischen Reichsgesetze bei einzelnen dem dirigirenden Senate zur Revision vorgestellten Criminalsachen des Esthländischen Oberlandgerichts aber ist es seit ein paar Jahren wiederholt vorgekommen, daß die Revisionsbehörde beim Vortrage der Acten die Untersuchung unvollständig gefunden, und die Acten zur Ergänzung an die Behörde zurückgesandt hat, weil über den Angeschuldigten die im

Russischen Criminalprocesse vorgeschriebene allgemeine Umfrage nicht veranstaltet worden, und der Senatsbefehl hat um so mehr erfüllt werden müssen, als er nur verabschiedete Russische Subalternofficiere betraf, über deren bisherigen Wandel und deren Führung seit der Verabschiedung aus dem Dienst auf anderem Wege in der That keine gleich genügende Auskunft erlangt werden kann.

§ 14.

Gegen die Ausdehnung dieser Maßregel aber auf andere Fälle, in welchen sich über die Lebensverhältnisse und den Lebenswandel des Angeklagten auf dem gewöhnlichen Wege durch Zeugenaussage oder Zeugniß des Beichtvaters die nöthigen Nachrichten füglich zu den Acten bringen lassen, möchten manche Bedenken eintreten, zumal auf dem Lande, wo die Anstellung der Umfrage über jeden Vagabunden oder Dieb, oder jedes zu Fall gekommene Mädchen, das heimlich geboren, die nicht selten weit von einander entfernt wohnende Gemeinde, durch oft bedeutenden Verlust an Zeit sehr unnöthig beschweren würde, da schon auf dem gewöhnlichen Wege ohne alle diese Umstände sich ein weit sichereres Ziel erreichen lassen wird, weil die entfernter wohnenden Glieder der Gemeinde einander oft nur dem Namen oder dem bloßen Ansehen nach kennen, Aussagen von Hörensagen aber gar nicht zugelassen werden dürfen. Eine noch größere Schwierigkeit aber fände sich in der Einrichtung unserer Landespolizei, die, für jeden District nur aus einem Hakenrichter bestehend, zur Anstellung solcher Umfrage

Niemanden zu delegiren hat, daher der Hakenrichter selbst, mit Vernachlässigung anderer Dienstpflichten, die Umfrage in den verschiedenen Gemeinden, aus welchen ihm Criminalvergehen angezeigt werden, anstellen müßte, was ihm um so weniger zuzumuthen sein dürfte, als er für seine Amtsführung gar keine Entschädigung empfängt, und daher mit bisher außer seinem Dienstkreis liegenden Geschäften wohl billig zu verschonen ist. Es kommt dazu, daß er keine Canzlei und oft nicht einmal einen Schreiber hat, also nicht bloß das Verhör mit jedem einzelnen von den Umfrage-Leuten persönlich anstellen, sondern dabei auch die Stelle des Actuars vertreten müßte, und da in manchen Bauergemeinden kaum Einer zu schreiben versteht, sein Protocoll nur mit Kreuzen unterzeichnen lassen könnte, deren eigenhändige Unterzeichnung von den Befragten auch wieder nur selbst zu attestiren hätte; und dabei kaum eine Controle möglich ist, ob auch wirklich alle im Protocolle verzeichnete Bauern bei der Umfrage zugegen gewesen, befragt worden und ihre Aussagen mit ihren Kreuzen eigenhändig bekräftigt haben, oder vielleicht nur ein paar Leute befragt, die übrigen aber bloß dem Namen nach, wie sie in den Revisionslisten stehen, zugleich mit verzeichnet worden. Man wird daher zugeben müssen, daß unter solchen Verhältnissen die auf Esthland ausgedehnte allgemeine Umfrage ihres Zweckes dort gänzlich verfehlen, und zu einer leeren nur mit vielen Beschwerden und unnöthigem Zeitverlust für die Landespolizei wie für die einzelnen Gemeinden verbundenen Formalität herabsinken dürfte, die allemal dem materiellen Rechte mehr Nachtheil zu bringen droht,

als selbst das mit der Einführung solcher Formalität bezweckte Gute sonst vortheilhaft wirken kann, und dieses Institut daher bei uns und unsern besondern Local-Verhältnissen unzweckmäßig und unpractisch erscheint. Wenn dennoch etwas der Art in Esthland in anderer Beziehung und unter etwas andern Formen bereits seit mehr als 20 Jahren wirklich besteht, so wird es nicht unwichtig und überflüssig sein, den Ursachen nachzuforschen, die einen solchen mit den früheren Rechtsgrundsätzen scheinbar unverträglichen Rechtszustand veranlassen und begründen konnten.

§ 15.

Das Russische Recht verdankt ohne Zweifel der Nothwendigkeit einer strengen Kirchenzucht über Geistliche, die nicht immer — und vor Zeiten vielleicht nur in den seltneren Fällen — die Erlangung ihrer Würde einer wissenschaftlichen, auch die Reinheit der Sitten bedingenden und befördernden höhern Bildung zuschreiben konnten, das in den Gesetzbüchern anderer Staaten vergeblich gesuchte Vergehen des lüderlichen Lebenswandels (о развратномъ поведенiи), von dem und dessen schwerer Beahndung wir im Swod der Russischen Reichsgesetze in verschiedenen Theilen manche ausführliche Bestimmungen finden. Daß aber die strenge Kirchendisciplin gegen Geistliche und deren Kinder, wie gegen niedere Kirchenbeamte und Diener zur Bestrafung des lüderlichen Lebenswandels auch in andern Ständen Anlaß gegeben habe, scheint wohl aus den hierüber im Swod zusammengestellten Gesetzen vom Jahre 1719

bis 1829 und später mit Recht gefolgert werden zu können.

Seit den Jahren 1760 und 1765, da den Gutsherrn in Rußland das Recht verliehen ward, ihre Erbbauern und Hofsleute, wenn sie durch häusliche Züchtigungen nicht gebessert werden konnten, für ihren lüderlichen Lebenswandel den Gouvernements-Regierungen zur Abgabe zum Rekruten oder, im Fall der Untauglichkeit hiezu, zur Uebersiedelung nach Sibirien zur Verfügung zu stellen, ward hiernächst der lüderliche Lebenswandel auch schon Gegenstand der Entscheidung weltlicher Behörden. [13])

In dem Kriegsjahr 1812 zu Ende September, als der Feind ins Herz von Rußland einzudringen versuchte, und, ungeachtet der von allen Ständen dem Vaterland in seiner Gefahr freudig gebrachten Opfer, der dem Feind gegenüber zu stellenden frischen Mannschaft nicht genug sein konnte, und mancher Verbrecher auf dem Felde der Ehre seine frühere Schuld büßte, gab die

13) 1779 und 1784 gaben auch verabschiedete Militair- und Civilbeamte außer Dienst durch ihren lüderlichen Lebenswandel der Gesetzgebung Veranlassung, ihre Aufmerksamkeit auf sie zu richten. Damals wurden solche Personen von lüderlichem Lebenswandel in den Residenzstädten nicht geduldet, sondern an ihren Geburtsort, und die im Moskauschen und St. Petersburgschen Gouvernement geborenen nach Nowrorod, Twer oder Wiatka geschickt, später wurden sie auf 2 Jahre ins Zuchthaus gesperrt und dann in die innern Gouvernements gesandt und in den Kreisstädten unter polizeiliche Aufsicht gestellt, bis denn 1829 auch ihre Versendung nach Sibirien oder Abgabe zum Rekruten Gesetz ward, wenn sie sich nicht besserten.

Noth ein neues Mittel an die Hand, die Reihen der Krieger, ohne neue drückende Auflagen zu vervollſtändigen. Von allen Kaiſerlichen Appanagen wurden Bauern, die ſich irgend ſchlechter Führung ſchuldig gemacht, zufolge Abſtimmung der Gemeinden, zum Kriegsdienſt abgegeben, mit der Clauſel, daß wenn ſie dazu nicht taugten, die Appanagen-Verwaltung ſie zur Anſiedelung in die Colonien zu verſenden habe. Drei Monate früher war eine ähnliche, wie es ſcheint, ſchon in den Rekruten-Verordnungen vom April 1808 und September 1809 angeregte Maßregel hinſichtlich der lüderlichen Mitglieder der Bürger-Gemeinden in allen Städten Rußlands angeordnet.

Erſt in den letzten zwei Jahrzehenden, und vorzüglich in den Jahren, wo die Zuſammenſtellung des Swod aus den beſtehenden und den alten Geſetzen die geſetzgeberiſche Thätigkeit der Regierung zur Vermeidung der durch widerſprechende Ukaſen und Verordnungen hin und wieder entſtehenden Ungewißheiten, zur Hebung von mancherlei Zweifeln und Bedenklichkeiten bei der Auslegung mancher dunkeln oder veralteten Geſetze, und zur Ergänzung und Vervollſtändigung der in dem neuen Geſetzkörper ſich vielfach nun ergebenden Unvollſtändigkeiten und Lücken und in Zuſammenhang und Uebereinſtimmung zu bringenden Verſchiedenheiten, zu einer ſelbſt unter der Regierung der als Geſetzgeberin ſo hoch geprieſenen Kaiſerin Katharina II. ungewöhnlichen Anſtrengung nöthigte, welche, ſo kräftig einmal angeregt, noch fortwährend in der Vervollſtändigung und Verbeſſerung der Geſetze ſich kundgiebt, wie die ſeit 1832 bereits in

12 Bdn erschienenen Fortsetzungen der Gesetzsammlung am unzweideutigsten darthun, — erst in diese jüngste Vergangenheit [14]) fällt denn auch die Entwickelung der consequent über alle Stände ausgedehnten Lehre von der Verhütung und Bestrafung des lüderlichen Lebenswandels [15]). Wir finden solche daher nicht allein in den Gesetzen über die verschiedenen Stände des Russischen Reichs im 9ten Bande des Swod, im Reglement zur Vorbeugung und Hemmung von Verbrechen im 14ten Bande, sondern auch im Rekruten-Ustaw im 4ten und selbst im Criminal-Proceß im 15ten Bande verbreitet. Ohne uns aber auf die gesetzlichen Bestimmungen in dieser Beziehung hinsichtlich der übrigen Stände weiter einzulassen, begnügen wir uns nur, dieselben hinsichtlich der Bürger und Bauern hier näher auseinanderzusetzen, da über deren Abgabe zu Rekruten oder Versendung in die Colonien Sibiriens für schlechten Lebenswandel nur die Bürger- und Bauer-Gemeinden selbst zu verfügen haben, durch persönliche Abstimmung der einzelnen Hausbesitzer gleichen Standes oder ihrer Bevollmächtigten

---

14) Auch der alle früheren Rekruten-Verordnungen außer Kraft setzende Rekruten-Ustav erschien, erst am 28. Juni 1831 Allerhöchst bestätigt, ganz neu in dem 1832 emanirten Swod der Reichs-Gesetze; das am 22. Juli 1822 erlassene umfassende Reglement über die nach Sibirien Verbannten wurde doch durch die späteren Verordnungen hinsichtlich der für schlechten Lebenswandel laut Gemeinde-Urtheil Verschickten in manchen Beziehungen ergänzt und vervollständigt.

15) Daß auch politische Gründe zur schnellern Ausbildung dieser Lehre in mancher Beziehung mitgewirkt, ist kaum zu verkennen.

oder Deputirten, und das mit der allgemeinen Umfrage so nahe verwandte Gemeinde=Urtheil.

§ 16.

Obwohl der Ukas vom 31. Dec. 1814 ausdrücklich verbietet, die Umfrage in der Weise anzustellen, welche für die Fällung der Gemeinde=Urtheile wegen Abgabe von Bauern zu Rekruten oder deren Versendung nach Sibirien für bewiesenen schlechten Lebenswandel vorgeschrieben worden, so beweiset doch eben dieses Verbot den nahen Zusammenhang beider Institute, und daß das Gemeinde=Urtheil der neuern Zeit sich naturgemäß und von selbst an die alte bei den Russen übliche Einrichtung der allgemeinen Umfrage bei der Gemeinde angeknüpft hat.

Schon 1785 hatte Katharina die Große für Adel und Bürgerschaft den Grundsatz ausgesprochen und in ihren Gnadenbriefen festgestellt, daß diese Corporationen, wie zur freien Aufnahme ihrer würdig erachteten Mitglieder, so auch zur Ausschließung derer berechtigt seien, die sich solcher Mitgliedschaft unwerth zeigten. Auf diesen Grundsatz ward in neuerer Zeit das Recht der Bürger=Gemeinden und dann auch der Gemeinden von Appanage=, Krons= und freien Ackerbauern und endlich selbst von erbherrlichen oder leibeigenen Bauern gegründet, ihrer unwürdige, sittenlose Mitglieder durch Abgabe zum Militairdienst oder Versendung in die Colonien Sibiriens aus ihrer Mitte auszuschließen, wobei auch die Hoffnung, sie durch strenge militairische Zucht zu bessern und zu nützlichern Gliedern der menschlichen Gesell=

schaft heranzuziehen, wenn nicht die Absicht, die Steppen Sibiriens durch sie zu bevölkern, wohl als Motiv oft mitwirken mag.

§ 17.

Die Regeln über das Gemeinde-Urtheil wegen der zum Militairdienst abzugebenden oder im Fall der Untauglichkeit nach Sibirien zu versendenden lüderlichen Gemeindeglieder enthält vorzugsweise das Rekrutengesetz, aus welchem wir folgende Vorschriften, als die für unsern Zweck wichtigsten, hier mittheilen wollen:

§ 324. „Die Gemeinden der Bürger, Kronsbauern, Appanage-Bauern und freien Ackersleute können nach den unten festgesetzten Regeln, auf Rechnung künftiger Rekrutenaushebung, ohne Rücksicht auf die Reihefolge der Familien, [16]) folgende Leute zu Rekruten abgeben:

1. die gerichtlich von Excessen, Diebstählen geringen Betrages und anderer Vergehungen überführt worden, welche einer Criminalstrafe nicht unterliegen;
2. von der Polizei ergriffene und ihren Gemeinden wieder zugesandte Läuflinge und Herumtreiber;
3. diejenigen, welche nach allen Besserungsmaßregeln, in Bezahlung ihrer Abgaben unzuverlässig bleiben, ihrer Nachlässigkeit oder Lüderlichkeit wegen, und nicht wegen eines ihnen etwa zugestoßenen Unglücks.

---

16) Personen, die von der Rekrutenabgabe für immer eximirt sind, werden für schlechte Aufführung nur laut Urtheil der Gerichtsbehörde zu Rekruten abgegeben.

Hievon sind die Bürger ausgeschlossen, welche für ihre rückständig verbliebenen Abgaben nur dann, nach der Vorschrift, zu Rekruten abzugeben sind, wenn nach Anwendung aller Maßregeln, solche im Laufe von fünf Jahren dennoch nicht beigetrieben wurden;

4. außerdem, unter der Appanagen-Jurisdiction, die der Herrschaft ungehorsamen Leute."

§ 325. „Ein Gutsbesitzer kann seine Erbleute, auf Rechnung künftiger Rekrutirung, zu jeder Zeit und auch im Laufe einer Rekrutirung zu Rekruten abgeben; Gemeinden aber können Leute für schlechte Führung nach Anleitung des § 324 nur vor Bekanntmachung einer neuen Rekrutenaushebung abgeben."

§ 326. „Aufs neue zu einer Gemeinde Angeschriebene dürfen für schlechte Aufführung nicht vor Ablauf eines Jahres, von der Zeit ihrer Anschreibung angerechnet, zu Rekruten abgegeben werden."

§ 18.

Hinsichtlich der von den städtischen Bürgergemeinden zu fällenden Gemeindeurtheile verordnet das Rekrutengesetz insbesondere:

§ 327. „Bürger werden für schlechte Aufführung zu Rekruten abgegeben nach folgender Ordnung:

1. In jeder Stadt werden jährlich von der Bürgergemeinde 24 gewissenhafte Männer aus der Zahl der Hauswirthe von der besten Führung erwählt, und ferner solche, deren Familie in dem Jahre nicht an der Reihe der Rekrutenpflichtigkeit ist. Da, wo

Deputirte zur Abmachung von Gemeindeangelegenheiten vorhanden sind (wie z. B. in Moskau und Kasan) können die gewissenhaften Männer auch aus diesen Deputirten erwählt werden. Das Gemeindeurtheil der Erwählten wird von der Duma (dem Stadtrath) bestätigt.

Anm. Unter dem Namen Hauswirthe werden solche Bürger verstanden, welche in der Stadt unbewegliches Eigenthum besitzen.

2. Diesen Gewissensmännern, nachdem sie jedes Mal in Eid genommen worden, wird von der Duma (dem Stadtrath) alles das zur Beprüfung vorgelegt, wodurch der Angeschuldigte seiner schlechten Führung überwiesen wird.

3. Wenn zwei Drittheile der Gewissensmänner einstimmig auf die Vorstellung des Angeschuldigten zum Rekruten erkennen, so wird ihr Urtheil für entscheidend angesehen und in Ausführung gebracht.

4. Für den Fall der Abwesenheit oder Krankheit von einem bis drei Gewissensmännern ist dennoch das Urtheil für entscheidend zu halten, wenn von den übrigen (wenigstens) achtzehn Männer den Angeschuldigten einstimmig verurtheilen. Für den Fall der Abwesenheit oder Krankheit von mehr als drei Gewissensmännern wählt die Bürgergemeinde an ihre Stelle andere für diese Zeit, oder bis zur Erneuerung der allgemeinen Wahl von Gewissensmännern.

5. Wenn der Angeschuldigte durch obenerwähnte Stimmenmehrheit der Gewissensmänner zur Vorstellung zum Rekruten verurtheilt worden, so wird ihr Ur-

theil nebſt dem Angeſchuldigten mit einem Bericht der Duma (des Stadtraths) dem Civilgouverneur vorgeſtellt.

6. Im Urtheil der Gewiſſensmänner müſſen alle Urſachen der Schuld umſtändlich auseinandergeſetzt ſein. So z. B. muß in dem Urtheil über einen für Nichtbezahlung ſeiner Abgaben und dabei zugleich für ausſchweifenden Lebenswandel zum Rekruten Verurtheilten, auseinandergeſetzt ſein, ſeit welcher Zeit die Abgabenrückſtände deſſelben aufzulaufen angefangen, durch welche Acten oder in dem zu dem Ende verordneten Buche eingetragene Schreiben, die Ausſchweifungen ſeiner Aufführung erwieſen werden, und welche Mittel zu ſeiner Beſſerung angewandt worden.

7. Der Civilgouverneur, wenn er das Urtheil der Gewiſſensmänner gegründet findet, beſtätigt es, und ſendet den Angeſchuldigten mit einem Antrage an die Rekrutenſeſſion zum Empfang deſſelben als Rekruten nach den allgemeinen Regeln."

§ 328. „Wenn die Bürgergemeinde ſo wenig zahlreich iſt, daß es nicht möglich, nach § 327 Punct 1, vierundzwanzig Hauswirthe zu Gewiſſensmännern zu erwählen; ſo wird ein einſtimmiges, mit dem Eide bekräftigtes Urtheil von zwei Drittheilen ſolcher Hauswirthe, deren Familie bei der erſten folgenden Rekrutenaushebung nicht an der Reihe iſt, für entſcheidend angeſehen und in Erfüllung geſetzt."

§ 19.

Abweichend von der für die Fällung der Gemeindeurtheile in den Städten vorgeschriebenen Ordnung sind in einiger Beziehung die Bestimmungen über die Gemeindeurtheile der Bauern:

§ 329. „Kronsbauern und freie Ackersleute, welche ihre Verbindlichkeiten gegen den Gutsherrn vollständig erfüllt haben, werden für schlechte Führung zu Rekruten abgegeben in folgender Ordnung:

1. Die Gebietsverwaltung schreibt dem Rekrutenstarost des Rekrutenbezirks, zu welchem der Angeschuldigte gehört, vor, die zu diesem Bezirk gehörigen Hauswirthe zu versammeln, und theilt ihnen alle Ursachen der Anschuldigung zur Beprüfung mit.

   Anm. Die Hauswirthe, deren Familien in der Reihefolge der Rekrutenpflichtigkeit bei der ersten folgenden Rekrutenaushebung stehen, nehmen an dieser Versammlung keinen Theil.

2. In dem vollen Bezirk von tausend Mann, und in einem nicht vollen, der aber aus mehr als 600 Seelen besteht, werden hiezu nicht weniger als ein Drittheil aller Hauswirthe versammelt werden; in einem nicht vollen Bezirk, der über 400 aber nicht über 600 Seelen enthält, muß nicht weniger als die Hälfte der Hauswirthe zusammenberufen werden; in einem nicht vollen, von 200 bis 400 Seelen enthaltenden Bezirk, sollen nicht weniger als zwei Drittheile der Hauswirthe versammelt werden; in einem nicht vollen Bezirk, der weniger als 200 See-

len umfaßt, müſſen alle Hauswirthe, aber in jedem Falle nicht weniger als 24 verſammelt werden, widrigenfalls iſt dieſe Zahl aus den Hausbeſitzern des nächſten Bezirks zu ergänzen.

3. Da, wo nicht weniger als 50 Hauswirthe verſammelt worden, wird diejenige Meinung in Erfüllung geſetzt, mit welcher die größere Hälfte übereinſtimmt, wenn auch nur mit dem Uebergewichte einer Stimme; da wo weniger als 50, aber wenigſtens 36 Hauswirthe verſammelt ſind, wird die Meinung derjenigen zur Vollziehung gebracht, mit welcher zwei Drittheile derſelben übereinſtimmen; da wo nur etwa 24 bis 35 Hauswirthe verſammelt werden, wird der Angeſchuldigte für ſchlechte Führung zum Rekruten nur dann vorgeſtellt, wenn die erwähnten Hauswirthe ihn dazu einſtimmig verurtheilen. Außerdem

4. wenn der Angeſchuldigte in der vorbemerkten Ordnung zur Vorſtellung zum Rekruten verurtheilt worden, ſo müſſen 24 Männer, durchs Loos aus denjenigen gewählt, welche ihn dazu verurtheilten, unter Eideshand ausſagen, daß ſie nach ihrem Gewiſſen ihn für ſchuldig halten und das Urtheil für gerecht.

Anm. Es verſteht ſich von ſelbſt, daß wenn die Schuld von einem Gerichte ausgeſprochen worden, das ſelbſt nur aus 24 Männern beſtand, die eidliche Ausſage alsdann von allen gefordert wird, die das Urtheil gefällt haben.

5. Der Gebietsälteſte und der Gebietsſchreiber müſſen

zu der Zeit in dem Bezirke sein, werden aber weder zur Theilnahme an der Entscheidung der Gemeindeversammlung noch zum Eide bei Fällung des Urtheils hinzugelassen. Die Pflicht des Aeltesten in diesem Falle besteht nur in der Aufsicht auf die Beobachtung der Regeln über die Ordnung bei Zusammensetzung der Gemeindeversammlung und bei Fällung ihres Urtheils; die Pflicht des Schreibers aber besteht in dem Niederschreiben des Urtheils.

6. Das Urtheil wird, nach der Unterschrift der Verurtheiler, (обвинителей, eigentlich Ankläger) von dem Gebietsältesten dahin attestirt, daß es in Betreff der beobachteten Ordnung rechtmäßig sei, und vom Schreiber contrasignirt, dann in der Gebietsverwaltung in ein besonderes Buch eingeschrieben, und, unter Beifügung des Eideszeugnisses, zugleich mit dem Anschuldigten an den Cameralhof gesandt mit einem Bericht der Gebietsverwaltung.

7. Der Cameralhof übergiebt, nachdem er die Sache beprüft, solche mit seinem Gutachten dem Gouverneuren, und wenn das Urtheil von ihm bestätigt worden, sendet er den Angeschuldigten an die Rekrutensession."

§ 330. „Freie Ackersleute, welche ihre Verbindlichkeiten gegen den Gutsherrn noch nicht vollständig erfüllt haben, werden für schlechte Führung laut Gemeindeurtheil zu Rekruten abgegeben, jedoch nicht anders, als mit Einwilligung des Gutsherrn. Die Einwilligung des Gutsherrn hierin muß schriftlich sein."

§ 331. „Appanage-Bauern werden für schlechte

Führung gleichfalls zu Rekruten abgegeben, laut eines mit Genehmigung des Appanagencomptoirs gefällten Gemeindeurtheils und mit Bestätigung des Appanagendepartements."

§ 334. „In allen vorangeführten Fällen wird der zum Rekruten Vorgestellte nur dann dazu angenommen, und in der Folge bei den Rekrutirungen der Gemeinde oder seinem Gutsherrn, wie es sich gehört, zu Gut geschrieben, wenn er nach dem Zeugniß der Rekrutensession zum Militairdienst tauglich befunden worden, in Grundlage der allgemeinen über die Eigenschaften festgesetzten Regeln, welche die zu Rekruten anzunehmenden Leute haben müssen."

§ 20.

In der Fortsetzung des Swod zum 9ten Bande: über die Stände, heißt es in Beziehung auf die Urtheile der Bürgergemeinde:

§ 360. „Den Bürgergemeinden ist es erlaubt, laut Urtheilen zu Rekruten abzugeben oder zur Ansiedelung zu versenden Bürger lüderlicher Aufführung und auch solche, die sich in Zahlung ihrer Abgaben wegen Nachlässigkeit oder wegen ausschweifenden Lebens, aber nicht wegen eines etwanigen Unglücks, ganz unzuverlässig zeigen, nach den im Rekrutenustaw und in der Verordnung zur Vorbeugung und Hemmung der Verbrechen enthaltenen Regeln. Ihnen wird auch erlaubt, wegen Abgabenrückstände träge und lüderliche Bürger zu Gemeindearbeiten zu verwenden."

§ 362. „Die Urtheile der Bürgergemeinden wegen

Versendung von Bürgerinnen für schlechten und lüderlichen Lebenswandel nach Sibirien werden ganz auf dieselbe Weise gefällt, wie die über das männliche Geschlecht."

Diesen Bestimmungen entsprechen auch die § 434—436 über die Gemeindeurtheile der Bauern, die gleichfalls in Absicht der Weiber eben so wie in Betreff der Männer gefällt werden sollen. Die Anmerkung in der Fortsetzung des Swod hiezu verfügt aber, daß wenn das Weib eines Kronsbauern nach Sibirien verschickt wird, der Mann ihr dahin nicht anders folgen kann, als nach den Grundsätzen, welche wegen Uebersiedelung der Kronsbauern in den darüber erlassenen Verordnungen festgesetzt sind.

Die im 14ten Bande des Swod in der Verordnung zur Vorbeugung und Hemmung der Verbrechen § 252—261 hinsichtlich der Gemeindeurtheile in Städten und auf dem Lande enthaltenen Bestimmungen wiederholen nur die schon oben von uns mitgetheilten Gesetze, nur muß aus ihrer Fassung geschlossen werden, daß jedenfalls die wegen schlechter Führung laut Gemeindeurtheil zu Rekruten vorzustellenden Bürger oder Bauern, falls sie von der Rekrutensession zum Militairdienst untauglich befunden werden, nach Sibirien zur Ansiedelung zu senden sind, was in dem Rekrutenustaw nirgends vorgeschrieben ist. Eine Anmerkung in der Fortsetzung des Swod zum § 334 dieses Ustaws bestätigt diese Schlußfolgerung auch mit den Worten:

„Leute schlechter Führung werden im Fall ihrer Untauglichkeit zu Rekruten, zur Ansiedelung versandt;

oder in die Arrestantencompagnien, wie in den Gesetzen über die Stände und in den Polizeiverordnungen vorgeschrieben ist. Vgl. Art. 18. im Uk. v. 21. Nov. 1834 und Uk. v. 6. Sept. 1838."

§ 21.

Sehen wir nun, wie sich das Esthländische Provincialrecht zu der Russischen Gesetzgebung hinsichtlich der Gemeindeurtheile über lüderlichen Lebenswandel einzelner Gemeindeglieder verhält, so fällt zunächst auf, wie schnell sich dieses nur dem Russischen Recht und der Russischen Gemeindeverfassung und Rekruteneinrichtung eigenthümliche Institut, im Gefolge dieser letzten, seit bald 60 Jahren nach Esthland verpflanzten Einrichtung der Militairischen Dienstpflichtigkeit der niedern Stände, auch hier den Localverhältnissen möglichst anzupassen versucht hat. In wie weit die Russische Rekrutenverordnung auch bei der privilegirten Verfassung der Ostseeprovinzen auf diese anwendbar ist, ergiebt der 12te Artikel dieser Verordnung, den wir demnach hieher setzen:

„Die Einwohner des Livländischen, Curländischen und Esthländischen Gouvernements erfüllen die Pflicht zur Rekrutenstellung nach besondern Regeln, aber der allgemeine Rekrutenustaw behält in allen denjenigen Artikeln, hinsichtlich welcher in diesen besondern Regeln keine Ausnahmen festgesetzt sind, auch in diesen Gouvernements seine volle Kraft und Wirksamkeit."

Zu diesen Ausnahmen aber gehört vorzugsweise die nur der Russischen Gemeindeverfassung eigenthümliche

Reihefolge der Familien, welche die Rekrutenpflichtigkeit in der Gemeinde bei jeder neuen Rekrutenaushebung trifft; eine Einrichtung, die mit Allerhöchster Genehmigung bis jetzt weder in Esthlands Städten, noch viel weniger in den Landgemeinden, wo die zu Rekruten abzugebenden rekrutenfähigen Gemeindeglieder bekanntlich durchs Loos hiezu bestimmt werden, eingeführt worden ist, und mit der folglich auch eine Menge hierauf bezüglicher Bestimmungen des Russischen Rekrutenustaws bei uns ganz wegfallen. Eben so fehlt bei uns die Einrichtung von Rekrutenbezirken zu 1000 Mann und Rekrutenstarosten; auch haben unsere Landgemeinden zwar Gemeindeältesten und Gehülfen derselben, aber nur in den seltensten Fällen auch Gemeindeschreiber. Somit ergeben sich für unsere Stadt- und Landgemeinden manche wesentliche Verschiedenheiten bei der Anwendung der oben mitgetheilten Russischen Gesetze auf unsere Verhältnisse.

§ 28.

Was zuförderst die Stadtgemeinden in Esthland anlangt, so werden in denselben nicht, wie in den Russischen Städten, alle Jahre aufs Neue aus der Zahl der rekrutenpflichtigen Bürger, wozu bekanntlich die vom Kaiser Paul Allergnädigst von der persönlichen Rekrutenstellung befreiten zünftigen Handwerker in Esthland nicht gehören, 24 Gewissensmänner erwählt, und bei jedem zu fällenden Gemeindeurtheil zuvor aufs Neue beeidigt, sondern es werden vielmehr, wenigstens in der

Gouvernementsstadt, die von der Gemeinde ein für alle Mal zur Verwaltung der Gemeindeangelegenheiten erwählten 24 unbescholtenen bürgerlichen Hausbesitzer, die nicht zu den Zünften und zu den in einer der drei Gilden stehenden Kaufleute gehören, bei jedem über lüderliche Gemeindeglieder zu fällenden Urtheile, als beeidigte Gemeindebeamten, nur an ihre schon bei ihrer Anstellung eidlich gelobten Pflichten auch in dieser Beziehung aufs Neue erinnert. Und es rechtfertigt sich diese Abweichung von den für die Stadtgemeinden der übrigen Russischen Gouvernements hierüber vorgeschriebenen Regeln um so mehr, als sie ganz wesentlich mit der Eigenschaft von Gemeindebeamten zusammenhängt, die einmal für alle ihnen als solchen obliegenden Pflichten vorschriftmäßig in Eid und Pflicht genommen, nicht bei Erfüllung jeder einzelnen dieser Pflichten aufs Neue wieder vereidigt werden können, ohne geradezu die Eidesleistung ihnen alltäglich und dadurch gleichgültig und zu einer bedeutungslosen Ceremonie zu machen, während die bloße Einschärfung der auf den theuer geleisteten Eid übernommenen Pflichten auf die Geschworenen gewiß von ungleich größerer Wirkung sein muß. Die Russische Einrichtung dagegen hängt mit der dort eigenthümlichen Reihefolge der der Rekrutenpflichtigkeit unterliegenden Familien, welche alle Jahr eine neue Wahl von Gewissensmännern nothwendig macht, wesentlich zusammen, und in deren Eigenschaft als bloße Gemeindedeputirte ist deren jedesmalige neue Vereidigung gewiß eben so zweckmäßig als den Religionsansichten und Gebräuchen

der Mitglieder der Griechisch-Russischen Kirche entsprechend.

§ 23.

Anders gestaltete sich die Sache für die Esthländischen Bauern. Diese erhielten erst mit dem am 23. Mai 1816 Allerhöchst bestätigten Esthländischen Bauergesetzbuche die Freiheit und eine geregelte Gemeindeverfassung, und in dem ersten Anhange des Gesetzbuchs auch eigenthümliche Vorschriften wegen der Rekrutenstellung, eben die, welche der Rekrutenustaw als Ausnahmen für Esthland von dem allgemein geltenden Rekrutengesetze bezeichnet. In wiefern die damaligen allgemeinen Rekrutenverordnungen auf diese Vorschriften im Esthländischen Bauergesetzbuche influirt haben, läßt sich wohl kaum mehr mit Genauigkeit nachweisen, gehört aber auch nicht hieher. Dagegen scheint es gewiß, daß die Ukasen von 1812 wegen Abgabe lüderlicher Bürger und Bauern zu Rekruten namentlich die ganz singulaire Vorschrift des wenige Jahre später publicirten Ehstländischen Bauergesetzbuchs § 357 veranlaßt haben:

„Diejenigen Esthländischen Bauern, die sich ohne die in der Polizeiordnung vorgeschriebenen Scheine und Pässe aus der Gemeinde entfernen, oder über den in diesen Scheinen oder Pässen bemerkten Termin ausbleiben und keine gesetzlichen Entschuldigungsgründe dazu haben, sind mit der höchsten Polizeistrafe zu belegen, und werden, wenn sie zum dritten Mal auf diesem Vergehen betroffen werden, der Landespolizei zur Bestrafung übergeben, welche dieselben, dem Be-

finden der Umstände nach, zum Besten der Gemeinde, in deren Revisionslisten sie zuletzt angeschrieben waren, als Rekruten abgeben kann, welches besonders bei denen seine Anwendung findet, die die Grenzen des Esthländischen Gouvernements unerlaubtermaßen verlassen haben."

Diese Bestimmung ist um so beachtenswerther, als bisher die Abgabe zum Militairdienst für Vergehungen nur Statt finden konnte, wenn diese crimineller Beschaffenheit waren, und den Gesetzen nach Todesstrafe erwirkten, die — nach Aufhebung der Todesstrafe in Rußland — früher stets Verbannung nach Sibirien, später alternativ: bei Tauglichkeit des Delinquenten zum Militairdienst, zur Abgabe als Soldat, im widrigen Fall aber zur Versendung in die Colonien verwandelt ward, und daher nur vom Criminalgericht verhängt werden konnte, sie aber hier für ein bloßes Polizeivergehen als Strafmittel in die Hände bloß eines Einzelrichters gegeben war, der um so mehr, als seine Amtswirksamkeit keiner genauen Controle unterliegt, sich durch diesen Artikel nur zu leicht zum Mißbauch seiner Gewalt hätte versucht fühlen können, wenn er nicht, andern Verordnungen zufolge, die ihm gestattete Rekrutenabgabe für dreimaliges Entlaufen immer nur mit obrigkeitlicher Genehmigung vollziehen zu lassen berechtigt, und dadurch in der Ausübung der ihm vom Gesetz ertheilten wichtigen Befugniß einigermaßen beschränkt gewesen wäre.

§ 24.

Vielleicht eben dieser Beschränkungen wegen und weil überhaupt jener § 357 des Bauergesetzbuches der

ments-Regierung als der obern Landes-Polizei-Behörde zur Beprüfung zu übergeben, welche sodann ihr Sentiment dem Oberbefehlshaber des Gouvernements unterlegen wird;

von der Ehstländischen Gouvernements-Regierung nicht nur hiemit bekannt gemacht, sondern es wird auch zugleich selbige als Richtschnur in dergleichen künftig eintretenden Fällen zur genauen unabweichlichen Beobachtung festgesetzt. Reval-Schloß den 17. Januar 1820."

§ 25.

Durch das Publicat vom 17. Januar 1820 wird unleugbar eine Lücke in dem Ehstländischen Bauer-Gesetzbuche ausgefüllt und einem wesentlichen Bedürfnisse abgeholfen, indem den Bauer-Gemeinden das Recht ertheilt wird, sich der ihnen zur Last fallenden Mitglieder von unordentlichem und schlechtem Lebenswandel, oder die sich anderer, gerade nicht crimineller Vergehungen schuldig gemacht, auf eine bequeme Weise zu entledigen, ja sogar von ihnen noch Vortheil zu ziehen, da sie, im Fall ihrer Tauglichkeit zum Militärdienst, der Gemeinde bei der nächsten Rekrutirung noch zu gut gerechnet werden. Hierin stimmt das Publicat mit den oben mitgetheilten Bestimmungen der Reichsgesetze überein. Dagegen fehlen in demselben die in diesen ertheilten Vorschriften hinsichtlich der Zahl und der Beeidigung der Urtheiler. Es ist auch nichts darüber festgesetzt, ob bloß Pächter einer Landstelle, d. h. Gesindes-(Haus-)Wirthe, oder auch Lostreiber und Knechte bei solchem Urtheil eine Stimme abzugeben haben, und ob der Gemeindeälteste und seine Gehülfen, von denen doch in der Regel — wenn nicht

zuerst von der Gutsherrschaft — der Vorschlag zur Rekruten-Abgabe oder Versendung eines unnützen Mitgliedes der Gemeinde nach Sibirien ausgehen dürfte, sich der Theilnahme an dem Gemeinde-Beschluß zu enthalten haben, wie in den Russischen Bauergemeinden gewiß mit gutem Vorbedacht angeordnet worden. Auch ist nichts darüber bestimmt, wie viele Stimmen überhaupt nothwendig sind, um gegen den Widerspruch einzelner Gemeinde-Glieder, einen gültigen Gemeinde-Beschluß zu bilden. Es kann mithin in allen diesen Beziehungen nur die Vorschrift des Bauergesetzbuchs in den §§ 30, 47, 48 und 50—54 zur Anwendung kommen. Da heißt es:

§ 30. „Die Dorfsgemeinden bestehen aus zwei Classen von Mitgliedern, aus der Classe der Bauerwirthe und aus der Classe der Dienstboten. Unter Bauerwirthen werden Eigenthümer von Gesindestellen oder Pächter derselben verstanden. Die Einhäusler oder sogenannten Lostreiber können, nach Bestimmung der Gemeinde selbst, zu der einen oder der andern Classe gerechnet werden."

§ 47. „Der Gemeinde-Aelteste hat das Recht, die Vorsteher zusammenzuberufen und bei ihnen auf die Versammlung der ganzen Dorfsgemeinde anzutragen, wobei er ihnen die der Versammlung vorzulegenden Punkte bekannt machen muß. Wenn ein Drittheil der Vorsteher für die Versammlung und den Vortrag der Angelegenheit vor der ganzen Dorfsgemeinde stimmt, so darf die Dorfsgemeinde durch den Gemeinde-Aeltesten versammelt werden."

§ 48. „Es muß jedoch vorher der Gutspolizei da-

von die Anzeige gemacht werden, die nach Einsicht des sich ereignenden Falles, entweder ihre Einwilligung ertheilt, oder sie verweigert. Im ersten Fall bestimmt sie zugleich die Zeit und den Ort, wann und wo die Versammlung gehalten werden soll.“

§ 50. „Nachdem die Dorfsgemeinde auf diese Art sich versammelt hat, macht der Gemeindeälteste den erforderlichen Antrag, über dessen Annahme oder Verwerfung die Gemeinde durch Stimmen entscheidet.“

§ 51. „Jede der beiden Classen der Gemeinde stimmt für sich und die Mehrheit der Stimmen entscheidet in der Classe. Der Gemeindeälteste sammelt die Stimmen, und jedes Gemeinde-Mitglied männlichen Geschlechts hat, wenn es die Jahre der Majorennität erreicht hat und persönlich erscheint, das Stimmrecht auf der Gemeinde-Versammlung, jedoch in einer und derselben Gemeinde immer nur eine Stimme. Der Gemeinde-Aelteste, dessen Gehülfe und die Vorsteher stimmen ebenfalls mit, ein jeder in seiner Classe.“

§ 52. „Tritt aber der Fall ein, daß die Classe der Bauerwirthe oder Pächter einer und die Classe der Dienstboten anderer Meinung ist, und es den Gemeinde-Aeltesten und Vorstehern nicht möglich wird, die Meinung derselben zu vereinbaren, so steht der Gutspolizei die Entscheidung zu.“

§ 53. „Der in einer Dorfsgemeinde-Versammlung durch Stimmenmehrheit gefaßte Beschluß muß den Vorstehern vorgelegt werden. Findet die Mehrheit der Vorsteher, daß aus diesem Gemeinde-Beschluß der Dorfsgemeinde Nachtheil entstehen könnte, so haben

sie das Recht, die Angelegenheit noch einmal durch den Gemeinde-Aeltesten vortragen zu lassen. Bleibt die Dorfsgemeinde bei ihrem einmal gefaßten Beschluß, so wird derselbe der Gutspolizei zur Bestätigung vorgestellt und nach erlangter Bestätigung in Erfüllung gebracht."

§ 54. „Verweigert die Gutspolizei ihre Bestätigung, so darf der gefaßte Beschluß der Gemeinde nicht in Ausführung gebracht werden; doch steht der Gemeinde dann das Klagerecht offen."

Gemeinde-Beschlüsse über die Abgabe eines Gemeinde-Mitgliedes für schlechte Führung zum Rekruten ohne Loosen, oder wegen dessen Versendung nach Sibirien zur Ansiedelung können aber von der Gutspolizei niemals bestätigt werden; diese ist vielmehr verbunden, von einem jeden solchen Beschlusse, oder wie das Publicat sich ausdrückt „von dem Wunsche der Gemeinde" das Kirchspielspolizeigericht in Kenntniß zu setzen.

Während nach dem Russischen Gesetz 24 Gewissensmänner aus der Gemeinde schwören müssen, daß das Gemeinde-Urtheil gerecht und den angeführten Thatsachen wahrhaft entsprechend ist, hat nach dem Esthländischen Publicat das Kirchspielspolizeigericht die Gültigkeit und Gerechtigkeit des Gemeinde-Beschlusses zu beprüfen, und also denselben sowohl hinsichtlich der bei der Abfassung gehörig beobachteten Formalitäten, als hinsichtlich des Inhalts und der dafür angeführten Gründe zu beurtheilen. Insbesondere ist ihm vorgeschrieben in dieser letztern Beziehung genau zu untersuchen: ob die von der Gemeinde vorgestellten Individuen, wirklich schädliche Subjecte sind. Wenn hiebei aber nur das Zeugniß der Guts-

Polizei erforderlich wird, welche begreiflich oft gerade das größte Interesse an der Rekrutenabgabe oder Versendung eines ihr mißfälligen oder wohl gar nur bei ihr angeschwärzten Individuums hat, so scheint dies doch wohl nicht ganz genügend, um dem möglichen Mißbrauch der großen in solcher Hinsicht in die Hände der Guts-Polizei gelegten Gewalt vorzubeugen, auf welche Vorurtheile und Leidenschaften einwirken könnten, und zwar um so leichter, als der zu Verurtheilende nicht immer persönlich zur Verantwortung gezogen, und zur Vertheidigung zugelassen, geschweige denn über die Ursache und Veranlassung der ihm zur Last gelegten Vergehungen eine genauere Untersuchung angestellt wird, um zu ermitteln, ob ihn in der That bloß Faulheit, Trunksucht und Bosheit, oder nur große Noth, Unkenntniß, jugendlicher Leichtsinn und Verleitung Anderer zu den ihm schuld gegebenen Vergehungen gebracht, und ob wirklich die nöthigen Besserungsversuche in gehöriger Weise angestellt worden, aber ohne Erfolg geblieben sind, oder noch Hoffnung vorhanden ist, ihn unter besserer Leitung und Aufsicht wieder zu einem ordentlichen und nützlichen Mitgliede der Gemeinde zu machen. In dieser Hinsicht scheint es insbesondere wichtig, auch den Einfluß der Religion und die Wirksamkeit des Geistlichen auf ihn zu berücksichtigen. Denn unser Esthe ist in der Regel von Natur gutmüthig und lenksam, und mehr indolent und nachlässig als wirklich böse, auch für die Lehren des Christenthums, woferne er durch Laster und Unglauben sich nicht ganz dagegen verhärtet hat, und für die Ermahnungen der Geistlichen wohl empfänglich. Dies zeigt die Erfahrung selbst bei Verbrechern,

die dem Gottesdienst in den Gefängnissen bei uns viel Aufmerksamkeit beweisen und oft eine heilsame Sinnesänderung verdanken. Es scheint daher nicht unwesentlich, auch ein Zeugniß des Seelsorgers eines aus der Gemeinde zu Entfernenden über Alter, Religionskenntniß und Lebenswandel desselben, und über den Erfolg der zur sittlichen Besserung gemachten Versuche jedesmal einziehen zu lassen. Dies geschieht auch wohl in Absicht auf die nach Sibirien zu Versendenden bisweilen; dagegen bei den blos zur Rekruten-Abgabe verurtheilten Gemeindegliedern, wenn sie nur das rekrutenfähige Alter haben, ein solches Zeugniß vom Prediger nie gefordert wird, weil solche Leute im Fall ihrer Untauglichkeit zum Militärdienst in der Regel ohnehin in ihre Gemeinde zurückkehren. Denn über solche Individuen, welche die Gemeinde für ihre schlechte Führung ohne Loosung vorzugsweise zu Rekruten abzugeben beabsichtigt, wird das Gemeindeurtheil der Regel nach nicht alternativ gefällt; daß sie zum Besten der Gemeinde Soldaten werden oder nach Sibirien verschickt werden sollen, falls sie zum Militärdienst untauglich befunden würden, sondern gewöhnlich wird, in der Voraussetzung ihrer Tauglichkeit, nur ihre vorzugsweise Abgabe zum Rekruten decretirt. Dies pflegt aber nur während des zum Empfange von Rekruten jedesmal bestimmten Termins zu geschehen, und wird daher zur Zeitersparung und weil von keiner Versendung nach Sibirien die Rede ist, der Gemeindebeschluß in solchen Fällen sogleich von der Gouvernements-Regierung bestätigt und deren Sentiment nicht erst dem Civil-Oberbefehlshaber zur Bestätigung vorgestellt. Letzteres aber

ist in allen Fällen, wo die Gouvernements-Regierung den Gemeindebeschluß zur Versendung eines Gemeindegliedes nach Sibirien genehm hält, unerläßlich, wie die mehrerwähnte Verordnung vorschreibt.

Nur in Beziehung auf Bauern der in Esthland belegenen der hohen Krone gehörenden Güter wird die Beprüfung eines solchen Gemeindebeschlusses vor der Bestätigung, nach den oben mitgetheilten Reichs-Gesetzen, unstreitig auch noch dem Esthländischen Camerlhofe, oder der künftig hier einzuführenden Domainen-Verwaltung obliegen. Hinsichtlich der Beschlüsse der Geschworenen in den Städten ist die Durchsicht der Cameralhöfe nicht mehr wie sonst erforderlich [17]), sondern werden solche mit dem Gutachten des örtlichen Magistrats oder Vogteigerichts geradesweges dem Civil-Gouverneur zur Bestätigung vorgestellt. Eine vorgängige Durchsicht der Gemeindeurtheile hinsichtlich der für schlechte Führung zu Rekruten abzugebenden oder nach Sibirien zur Ansiedelung zu versendenden Gemeindeglieder durch die Gouvernements-Anwalde oder Procureure, wie sie hinsichtlich der Acten und Erkenntnisse in allen gerichtlich verhandelten Criminal- und Untersuchungsfällen unerläßlich ist, auch wenn bei der Untersuchung sich der Angeschuldigte als unschuldig ergeben hat, oder wenn gar kein Schuldiger in der Sache auszumitteln gewesen, ist nicht vorgeschrieben, ohne Zweifel weil die Abgabe zum Rekruten oder Versendung in die Colonien Sibiriens für Laster-

---

17) Vergl. den Ukas vom 28. Junius 1838 und die Fortsetzung zum 4ten Bande des Swod der Reichs-Gesetze und namentlich des Rekruten-Ustaws § 327.

haftigkeit und schlechte Führung bloß für eine Maaßregel der Polizei- und Administrativ-Gewalt angesehen wird, und nicht zum Ressort der Justiz gehört. Da aber die Strafe für schlechte Führung eben so wie für manche Verbrechen, z. B. für großen Diebstahl, gleichmäßig in Abgabe zum Soldaten oder — im Fall der Untauglichkeit dazu — in Versendung nach den Colonien in Sibirien besteht, und das Erkenntniß dazu berufener sachverständiger und gesetzkundiger Behörden über die Anwendung einer solchen Strafe auf den vorhandenen Rechtsfall, noch vor der Bestätigung durch den Civil-Gouverneur, von dem Gouvernements-Procureur allemal durchgesehen werden muß; so sollte man glauben, daß eine solche Cautel in Betreff der Erkenntnisse von gesetzunkundigen Bauer- und Stadtgemeinden, bei denen Parteilichkeit und fremder Einfluß oft unvermeidlich ist, zumal sie einer gesetzlichen Verantwortlichkeit für ihr Erkenntniß schon deshalb nicht unterzogen werden können, weil sie als Richter weder berufen noch beeidigt sind, wenigstens nicht ganz überflüssig wäre. Es möchte daher in dieser Beziehung eine Ergänzung des Gesetzes allerdings zu wünschen sein, und zwar um so mehr, als fast zwei mal so viele Personen für schlechte Führung als für Verbrechen zum Militärdienst oder zur Versendung nach Sibirien verurtheilt worden, — wie nebenstehende Tabelle erweist.

Nachtrag zu § 3.

Durch Herrn Prof. Dr. Gaupp's Recension des von Gustav Köhler 1838 herausgegebenen Görlitzer Rechtsbuchs oder Landrechts aus dem Gör-

litzer Codex, in den krit. Jahrbb. für Deutsche Rechtswissenschaft, Sept. 1839, S. 789, bin ich auf die Uebereinstimmung des Sachsenspiegels mit der Prawda Jaroslaws in dem Verfahren bei der Zurückforderung geraubten oder gestohlenen Gutes im 2ten Buch, Art. 36 aufmerksam geworden, wo es unter andern heißt:

§ 5. Seget aver jene, it si (of it laken — of it en perd is oder ve) ime gegeven oder he hebbit gekoft so mut he benomen sinen geweren weder den he't gekoft hebbe, unde die stat dar he't kofte; he mut aver sveren, dat he't tie to rechter tücht, So mut eme jene volgen over vierteinnacht swar he tiüt, ane over sceprike water *). Wirt he's gewert alse recht is, die gewere mut antwerden an siner stat vor it gut, Wert aver ime burst an'me geweren, he mut dat gut mit gewedde unde mit bute laten; unde tiet man ime düves oder roves dar an, des mut he sich unscüldegen na rechte. Verlüset it ok die, de't anevanget hevet, he mut it laten mit bute unde mit gewedde. § 6. „Man mut wol tien uppe mangen geweren, die ene uppe den anderen, also lange went man kome uppe den, de't in sime stalle getogen hebbe of it ve is, oder it selve getiücht hebbe of te gewand is.“ § 7. „Selve dridde sal he sik dar to tien, de't anevanget hevet; of jeme burst wird an deme geweren.“ § 8. „Under dem dat gud geanevanget wirt, die sall dat gud halden in sinen geweren, went it ime mit rechte afgewunnen werde.“

*) In dem Görlitzer Landrecht heißt es am Schlusse des Cap. 16: „Ein jegelich stat der rechtin were die mac der man wol gewerin. Undir deme ein dube bevondin wirt. ob er an die stat ziuhit. da ime der clagere nich volgin ne darf obir ein schifrich wazzir sundir mittin in dem wazzir. das sol in sin were werin.“ Weiter also als bis in die Mitte eines schiffreichen Gewässers brauchte ihm der Kläger nicht zu folgen, und dorthin mußte der Beklagte ihm seinen Gewährsmann von jenseits des Wassers hinstellen, um für unschuldig erklärt zu werden.

...ung nach Sibirien Verurtheilten

...l für bewiesene Lasterhaftigkeit.

...kruten ...geben ...nach ...rien ...ndt.	Wegen Krankheit oder anderer gesetzl. Ursachen noch nicht abgefertigt.	Zu Rekruten tauglich befunden und angenommen.	Zu Rekruten untauglich befunden u. gänzlich abgewiesen.
—	—	—	—
—	—	—	—
5	—	24	9
3	—	—	—
4	—	—	—
2	—	24	9
5	2	10	4
—	—	—	—
2	—	—	—
—	—	—	—
2	2	—	—
9	4	10	4
1	4	34	13

Ehe
n.

i en,

nts-
: in
ern
sion
ach
hof-
I.
ilte
ei-

Ih-

lu-
rn-
her
al-

litze
wisse
einsti
rosla
raub
aufm
!
en
ge
de
ko
tü
sw
he
we
bu
we
dü
de
ge
we
ge
we
ge
he
he
br
de
ha
al

*)
Cap.
gewe
ziuhi
wazz
Weil
brau
Befl
stelle

X.

Die Legitimation durch nachfolgende Ehe nach den in Esthland geltenden Rechten.

Von Dr. C. J. A. Paucker.

Oportet enim semper aliquod inchoare bonum, non ea, quae a quibusdam praeexistunt, destruere.

Nov. Const. 89 c. 7.

Eine in Beziehung auf die Vorstellung eines Gutsbesitzers wegen Legitimation durch nachfolgende Ehe in Grundlage des Esthländischen Bauer-Gesetzbuchs, höhern Orts unlängst an die Esthländische Bauer-Commission gerichtete Anfrage gab Veranlassung, diese bereits nach Curländischem Provincialrecht von dem Herrn Oberhofgerichts-Advocaten C. Neumann in Mitau B. I. Abh. VIII. dieser Zeitschrift S. 209—218 beurtheilte Frage auch nach den in Esthland geltenden Rechten einer genauern Untersuchung zu unterziehen.

Das am 23. Mai 1816 Allerhöchst bestätigte Esthländische Bauer-Gesetzbuch schreibt vor:

§ 106. „Kinder, die von einer Esthländischen Bäuerin außer der Ehe geboren werden, folgen dem Stande ihrer Mutter und treten in die Zahl Esthländischer Bauern. Ehelicht ihr Vater ihre Mutter, so erhalten sie dadurch die Rechte ehelich geborener Kinder.“

Das ein Jahr später promulgirte Curländische Bauer-Gesetzbuch aber fügt dem hiemit gleichlautenden § 73 hinzu: „und folgen dem Stande des Vaters", ein Beweis, daß man unter den durch solche Legitimation erlangten Rechten ehelich geborener Kinder die Standesrechte nicht mitverstanden, oder doch der Möglichkeit hat vorbeugen wollen, sie nicht mit darunter zu begreifen, da es sonst eines solchen Zusatzes nicht bedurft haben würde. Möglich ist es, vielleicht sogar wahrscheinlich, daß das Esthländische Bauer-Gesetz diesen Zusatz als überflüssig wegließ, indem es „die" für „alle" Rechte nehmend, auch die Standesrechte als sich von selbst verstehend mit darunter begriff, aber so wie die Worte lauten, lassen sich unter den durch die Legitimation erlangten Rechten ehelichgeborner Kinder eigentlich nur diejenigen verstehen, welche das Gesetz weiter unten mit ausdrücklicher Beziehung auf den § 106 als solche namentlich bezeichnet: die Erbrechte auch hinsichtlich des Nachlasses des Vaters. Denn es heißt:

§ 140. „Vor der Ehe geborene, aber durch die später erfolgte Ehe ihrer Aeltern legitimirte Kinder erben mit den übrigen zu gleichen Theilen."

§ 141. „Uneheliche Kinder einer Esthländischen Bäuerin beerben bloß ihre Mutter, und haben keinen Antheil (Anspruch) an das Erbe ihres Vaters, selbst wenn er bekannt sein sollte."

Die gleichen Erbrechte der legitimirten und ehelichgebornen Kinder sind demnach gesetzlich ausdrücklich anerkannt; über die Standesrechte der legitimirten Kinder disponirt das Esthländische Bauer-Gesetzbuch gar nicht.

Dies ist um so auffallender, als über den Stand der illegitimen Kinder einer Esthin im § 106 und 107 ganz genau festgesetzt ist, daß, wenn der Vater nicht zum Adel gehört, sie dem Stande ihrer Mutter folgen und in die Zahl Esthländischen Bauern treten, dagegen „wenn der von der Mutter des Kindes namhaft gemachte adlige Vater sich als solchen bekennt, es nicht zum Ehstländischen Bauernstande gerechnet“ werden soll. Das Gesetz hatte daher um so größere Veranlassung, sollte man denken, sich in eben diesen §§ auch über den Stand der durch nachfolgende Ehe legitimirten Kinder auszusprechen, sowohl wenn der Vater nicht zum Adel gehörte, als wenn er ein Adliger, erblich oder nur persönlich, war. Da das Gesetz hierüber gar nichts bestimmt hat, wäre der Richter wohl befugt, das Gesetz zu suppliren, und zu behaupten: die legitimatio per subsequens matrimonium ertheile dieselben Standesrechte wie die Ehe? Was aber könnte bei uns namentlich eine solche Behauptung rechtfertigen, da das Gesetz ja nur für Bauern gegeben, noch dazu ein bloßes Privilegium ist, das auf andere Fälle, als die es enthält, nicht ausgedehnt werden kann, und am wenigsten auf solche, die es — man möchte fast glauben absichtlich — offenbar übergeht. Muß man dies nicht um so mehr voraussetzen, wenn selbst die väterliche Gewalt über die legitimirten Kinder, aus der doch zunächst die Familienrechte hergeleitet werden müßten, und damit auch ihr Standesrecht in Zweifel gestellt ist? Denn wenn es im nächstfolgenden § 108 heißt: „Die väterliche Gewalt der Esthländischen Bauern über ihre ehelich ge-

borenen Kinder erkennt das Gesetz an, und beurtheilt sie, wie bei den übrigen freien Bewohnern des Gouvernements", so kann man daraus gewiß nur folgern, daß es weder eine väterliche Gewalt über unehelichgeborne, noch über legitimirte Kinder anerkennt, da sonst diese nothwendig hier hätten genannt werden müssen. Man darf auch nicht dies mit Beziehung auf den Schluß des § 106 für etwa überflüssig und unnöthig halten, da bei der väterlichen Gewalt man nicht sowohl von den Rechten der Kinder, als nur von denen des Vaters reden kann.

Aus dem Esthländischen Bauer-Gesetzbuch möchte sich demnach wohl nicht erweisen lassen, daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe den Legitimirten andere Standesrechte, als die eines überschränkt Freien gewährt; falls nicht der Vater zum Bauernstande gehört, und dann auch dem legitimirten Kinde die Beschränkung seiner Freiheit durch die Landpflichtigkeit, in welcher es von einer Esthländischen Bäuerin geboren wurde, nach wie vor verbleibt. Denn nur dies sind die Standesunterschiede, welche das Bauer-Gesetzbuch kennt, indem es alle Esthländische Bauern für frei erklärt, jedoch der Landpflichtigkeit unterworfen, bis die Zahl der Landpflichtigen in Esthland resp. 120 bis 140,000 männliche Revisionsseelen übersteigt, und den Ueberschießenden Freipässe zum Aufenthalt in den Städten und später auch in andern Russischen Gouvernements ertheilt werden können; wobei es nur durch Dispensation von Seiten der auf dem Landtage versammelten Ritterschaft oder Stellung eines genügenden Stellvertreters ihnen auch

früher schon zur unbeschränkten Freiheit die Möglichkeit gewährt. Vgl. den zweiten Anhang § 585—590. Wenn aber das Bauer-Gesetzbuch ausdrücklich nur landpflichtige oder in gewissen Fällen von der Landpflichtigkeit dispensirte unbeschränkt freie Bauern bei allen seinen privatrechtlichen Bestimmungen im Auge hat — denn erst später am 22. Juli 1823 wurde es auch auf die auf dem Lande sich aufhaltenden Leute freien Standes und die zum Oklad der simplen Bürger und Zunftgenossen gehören, mit Allerhöchster Genehmigung ausgedehnt — so kann der Gegensatz in den §§ 106 und 107 doch wohl nichts anders bedeuten, als: die außerehelichen Kinder einer Bäuerin gehören, wenn der Vater kein Adliger ist, dem landpflichtigen, wenn er als Adliger sich aber als Vater bekannte, dem von der Landpflichtigkeit dispensirten Bauerstande an; und wer vermöchte aus diesen Gesetzen rechtlich zu deduciren, daß solche Kinder, nachdem ihre Eltern sich geheirathet, irgend einem andern Stande angehören, ja daß sie wohl gar, wenn der adlige Vater die Esthnische Mutter zur Ehe nähme, dadurch den Adelstand erwerben könnten, da wir doch unter den gesetzlich festgestellten verschiedenen Arten, den Adel zu erlangen, in keinem Gesetze auch die Legitimation durch nachfolgende Ehe als ein dazu geeignetes Mittel angegeben finden! Wie sollte aber auch das Bauer-Gesetzbuch überhaupt über die Erwerbung von Adelsrechten handeln, sagt es doch selbst:

§ 94. „Das Esthländische Bauer-Privatrecht enthält diejenigen Vorschriften, nach denen die Privat-Verhältnisse der Esthländischen Bau-

ern, so weit dieselben durch die ihnen zugestandenen staatsbürgerlichen Rechte verändert, und nicht durch die allgemeinen Gesetze bestimmt sind, beurtheilt werden sollen."

Nach diesen allgemeinen Gesetzen kann der Bauer sich mithin nur richten, wenn er die Rechte des Adels oder auch nur des Bürgerstandes erwerben will, während wir im Bauer-Gesetzbuche vergeblich einigen Aufschluß hierüber suchen. Wenn demnach dieses Bauer-Gesetzbuch die Frage, ob mit der Legitimation durch nachfolgende Ehe auch Rechte eines in den Gesetzen bevorzugten Standes erworben werden können? geradezu abweist, so müssen wir uns wohl nach andern ihr vielleicht günstigeren Rechten umsehen, auf welche es uns selbst ausdrücklich in solchen Zweifeln verweist:

§ 95. „In Fällen, wo dieses Esthländische Bauer-Privatrecht keine Vorschrift enthält, soll nach dem Ritter- und Landrecht und den übrigen in Esthland geltenden Rechten, so weit diese nicht durch Allerhöchste Verordnungen abgeändert sind, entschieden werden."

Ziehen wir nun das Esthländische Ritter- und Landrecht zu Rathe, so finden wir in den im § 107 selbst citirten B. V. Tit. 23 Art. 4 nur die aus dem 2ten und 5ten Buch Mosis Cap. 22 V. 16 und 28 entlehnten und durch Benedict Carpzow's, des damals so angesehenen Sächsischen Juristen, Autorität auch juristisch gerechtfertigten Bestimmungen über die Pflicht eines Adligen, zur Abfindung der von ihm Geschwächten unadligen Frauensperson, und zur Alimentation des mit

ihr erzeugten Kindes, während ihm, wenn er „eine adlige Jungfrau oder Wittfrau mit Gelübde oder behenden Worten betrogen und ihrer Ehren entsetzt hat", eben so wie Knechten und Mägden oder andern Leuten geringen Standes in solchem Fall noch die Alternative gestellt ist, sie zu heirathen, widrigenfalls beide Theile auch noch in willkürliche Gerichtsstrafe verfallen sein sollen. Man sieht hieraus offenbar, daß das Gesetz die Heirath eines Adligen mit der von ihm verführten unadligen Jungfrau oder Wittfrau, geschweige denn mit einer Magd oder Bäuerin, weder vorausgesetzt, noch viel weniger hat begünstigen wollen, und an eine Legitimation der mit einer solchen erzeugten Kinder durch nachfolgende Ehe und an eine Erwerbung zugleich des adligen Standes ist nach dem hierin sich aussprechenden Geiste unsers Ritter- und Landrechts wohl kaum zu denken. Im Gegentheil spricht sich das Gesetz im Erbrecht mit dürren Worten ganz entschieden dagegen aus, in den aus Brandis' Collectaneen entnommenen Artikeln 2 und 3 des 7ten Titels im III. Buche des Ritter- und Landrechts.

> Art. 2. „Verstirbet einer vom Adel oder auf adelige Freiheit im Lande Gesessener, er lasse gleich eheliche Leibeserben nach oder nicht, so mögen die von ihm vor seiner Verehelichung gezeugete unechte Kinder nach diesen Ritter- und Landesrechten nicht erben, besonders sein Gut fället im Mangel ehelicher Leibeserben an die näheſten Erben."

Und noch bestimmter

> Art. 3. „So auch einer vom Adel eine Concubine,

die ihm an Geblüt nicht gleich, zur Ehe nimmt, so können seine mit ihr erzeugte Kinder den Vater nicht erben, sondern sein Nachlaß verstirbet auf den nähesten Magen oder Verwandten von Adel."

Also selbst die nach geschlossener Ehe von der früheren Concubine geborenen ehelichen Kinder konnten so wenig als die außerehelich gezeugten nach den strengen Grundsätzen unsers angestammten Provincialrechts zur Erbschaft des Vaters ab intestato gelangen. Ja, die Strenge der damaligen Rechtsansicht ging so weit, daß selbst Brautkinder einer Adligen, die nach geschlossener Ehe, nur zu früh, geboren wurden. für unächt galten, und der Redacteur unsers Ritter- und Landrechts, Ph. Crusius, obwohl er überall in unserm Privatrecht Grundsätze des Römischen Rechts mit einfließen ließ, es doch nicht wagte, gegen den Geist jener Zeit, solche hier einzumischen und den Brandis'schen Artikel wegzulassen:

Art. 4. „Wird auch ein Kind, zwar nach vollzogener Ehe, doch zu frühe und vor der rechten Zeit geboren, das mag man schelten, daß es zu früh geboren sei, und kann nicht erben. Ebenmäßig wenn eine Frau nach ihres Mannes Tode über die rechte Zeit ein Kind gebieret, das mag man schelten, und es mag kein Erbe nehmen, weil es zu spät geboren ist."

Doch haben die späteren Abschriften des Ritter- und Landrechts nur diesen letztern Satz als geltendes Recht mit aufgenommen, den ersten aber sehr bald wieder aufgegeben, da er weder mit dem frühern Römischen, noch mit dem spätern Schwedischen hier gelten-

den Rechte mehr in Einklang zu bringen war. Es ist mithin gewiß, daß unser älteres einheimisches Provincialrecht die Legitimation durch nachfolgende Ehe so wenig kannte und gelten ließ, als das Deutsche Recht. Auch über die väterliche Gewalt herrschten nach diesem, wie nach unserm Waldemar-Erichschen Lehnrecht, ganz verschiedene Grundsätze, an deren Stelle zwar im Ganzen später die Römischen getreten sind, jedoch mit mancher Modification des früher Geltenden im Einzelnen. Eichhorn sagt in seiner Einleitung in das Deutsche Privatrecht § 313: „Die Erwerbungsgründe der väterlichen Gewalt werden ganz nach dem Römischen Rechte beurtheilt; Legitimation und Adoption sind durch dieses überhaupt erst bekannt geworden, und begründen daher auch nicht bei allen Instituten Deutschen Ursprungs die Rechte, die ursprünglich allein durch eheliche Geburt erworben werden konnten.“ Ebenso verweist von Bunge in seinem Liv- und Esthländischen Privatrecht § 298 hinsichtlich der Erwerbung der elterlichen Gewalt auf das gemeine Recht und spricht bei ihrer Erlangung durch Legitimation nur von der durch nachfolgende Ehe, und wie dies das aus v. Samson's Livl. Erbschaftsrecht § 246 citirte „Erbrecht aus Legitimation“ darthut, auch von ihr nur in Beziehung auf das Erbrecht, nicht aber auf das Standesrecht der Legitimirten, indem Gesuche um Legitimation an Se. Kaiserliche Majestät, wie er hinzufügt, durch den N. U. vom 2. Jan., publ. vom Senat am 23. Jul. 1839, untersagt sind.

Wir müssen demnach, da das alte Deutsche und

auch das einheimische Provincialrecht uns bei dieser Materie verläßt, zu dessen Hülfsrecht, dem Römischen und Canonischen, unsere Zuflucht nehmen. Bekanntlich herrschten bei den alten Römern hinsichtlich der Keuschheit und den natürlichen Folgen der Unkeuschheit nicht minder strenge Grundsätze, als bei unsern Deutschen Vorfahren, und dem ältern Rechte der Römer war daher eine Legitimation der aus solcher Unkeuschheit hervorgegangenen natürlichen Kinder durch nachfolgende Ehe völlig fremd. Nur die iustae nuptiae geben dem Vater eine väterliche Gewalt über seine Kinder, und den Kindern (legitimis) die Rechte der Verwandtschaft und Familie, auf dem auch nur ihr Erbrecht beruht. Die aus dem bei den Römern in späterer Zeit geduldeten und sehr gewöhnlichen Concubinat erzeugten Kinder standen weder unter väterlicher Gewalt, noch erhielten sie den Namen des Vaters, geschweige denn ein Erbtheil aus seinem Nachlaß, das ihnen anfänglich selbst durch Schenkungen unter Lebenden und auf den Todesfall oder förmliches Testament nicht zugewandt werden konnte. Erst Kaiser Constantin, der mit dem Christenthum auch Christliche Begriffe von der Ehe annahm, und Mitleiden mit den vom Gesetz verstoßenen, an der Unkeuschheit ihrer Eltern unschuldigen natürlichen Kindern hatte, erfand — zugleich um dem Concubinat entgegenzusteuern, — die Legitimatio per subsequens matrimonium, durch welche die Legitimirten natürlichen Kinder auch unter des Vaters Gewalt traten und nach seinem Tode ihn mitbeerbten. Nicht aber mit jeder Concubine gestattete er die Ehe, und nicht alle natürlichen Kinder gedachte er durch der Eltern

Ehe mit den Rechten ehelichgeborener zu begnadigen. Denn in seiner Verordnung vom 12. Kal. Aug. 336 — const. 1 Cod. 5, 27, de naturalibus liberis etc. sagt er namentlich: „placet maculam subire infamiae et alienos a Romanis legibus fieri, si ex ancilla, vel ancillae filia, vel liberta, vel libertae filia, vel scenica, vel scenicae filia, vel tabernaria, vel tabernariae filia, vel humili, vel abiecta persona, vel lenonis aut arenarii filia, vel quae mercimoniis publice praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint, aut proprio iudicio, aut nostri praerogativa Rescripti: ita ut quicquid talibus liberis pater donaverit (seu illos legitimos, seu naturales dixerit) totum retractum legitimae soboli reddatur, aut fratri, aut sorori, aut patri, aut matri. Die Kaiser Theodos II. und Valentinian III. (s. Hugo's Rechtsgesch. § 404) legten den Grund zu einer neuen Art von Legitimation: per oblationem curiae. Sie verordneten zu Constantinopel am 7. Id. Mart. 443 — const. 3 Cod. 5, 27: „Si quis (naturalem duntaxat foecunditatem sortiatur), seu liber ipse, seu Curiae sit nexibus obligatus, et tradendi filios naturales, vel omnes, vel quos, quemve maluerit: eius civitatis Curiae, unde ipse oritur, et in solidum heredes scribendi liberam ei concedimus facultatem. — — Sed et si filiam naturalem vel filias habuit, et eam vel eas curiali, vel curialibus civitatis, ex qua oriundus est, vel sub qua vicus vel possessio, unde oritur consistit, vel eius civitatis, quae principatum totius provinciae tenet, matrimonio collocavit: haec eadem in persona

eius, vel earum ad exemplum marium obtinebunt. Quid enim interest, utrum per filios an per generos commoditatibus civitatum consulatur? et utrum novos lex faciat curiales, aut foveat, quos invenit?“

Diese bloß auf die Municipal-Verfassung der Römischen Städte gegründete Art, den natürlichen Kindern zu einem Erbrecht aus des Vaters Vermögen zu verhelfen, konnte daher auch nie gemeinrechtlich werden, und auch sie gab den natürlichen Kindern nur das Standes- oder vielmehr Amtsrecht der Curialen oder Decurionen in den Römischen Provincialstädten, niemals aber das besondere Standesrecht des Vaters, wenn solcher nicht selbst etwa diesem Stande angehörte: „Curiae nexibus fuit obligatus.“

Kaiser Zeno beschränkte im Jahr 476 die Legitimation Constantins durch nachfolgende Ehe mittelst der const. 5 Cod. l. c. nur auf die schon zur Zeit dieses Gesetzes vorhandenen natürlichen Kinder, und falls solche von freigeborenen Concubinen abstammten, die der Vater förmlich zur Ehe nahm. Von Justin soll, wie Hugo (Rechtsgesch. § 405) erwähnt, seinem Neffen zu Gefallen, das Verbot der Mißheirathen aufgehoben worden sein. Seine Verordnung vom 5. Id. Novbr. 519. const. 7 Cod. l. c. spricht aber nicht sowohl von der Legitimation, als vielmehr von der Arrogation und Adoption natürlicher Kinder. Denn er sagt darin unter Anderm:

„Naturalibus insuper filiis ex cuiuslibet mulieris cupidine non incesta, non nefaria procreatis et in paterna per arrogationem seu per adoptionem sacra susceptis, ex divinis iussionibus, sive ante-

quam eadem lex irrepserit, sive post eandem legem usque ad praesentem diem, non sine ratione duximus suffragandum: ut adoptio seu arrogatio firma permaneat, nullis prorsus improbanda quaestionibus: quasi quod impetraverunt, lege quadam interdictum sit: quoniam et si qua prius talis emergebat dubitatio, remittenda fuit, movente misericordia: qua indigni non sunt, qui alieno laborant vitio. Sint itaque post eandem arrogationem seu adoptionem sui et in potestate patrum: successionesque tam ab intestato quam ex testamento capiant, prout in arrogatis seu adoptatis constitutum est. In posterum vero sciant omnes legitimis matrimoniis legitimam sibi posteritatem quaerendam, ac si praedicta constitutio lata non esset. Injusta namque libidinum desideria nulla de caetero venia defendet, etc."

Der Kaiser Justinian hob indessen diese Art, den natürlichen Kindern zu einem Intestaterbrechte gleich den ehelichen zu verhelfen, durch die Novelle 74 c. 3 und 89 cap. 7 wieder auf, mit den Worten: „nostri enim patris approbamus Constitutionem, temperate quidem introductam et ordinate positam: quae adoptiones naturalium prohibuit, multam absurditatem habentes et indiscrete velut advenas quosdam legitimis naturales superinducentes", wie er am letzten Orte sagt, während er in der früheren Novelle als Grund angegeben: „quoniam castitatem diligenter consideravit: et incompetens est, quae bene exclusa sunt, rursus ad rempublicam revocare." Dagegen erweiterte er nicht

allein die Rechte hinsichtlich der legitimatio per subsequens matrimonium und per oblationem curiae, sondern führte noch neue Arten der Legitimation ein, durch die in den Jahren 538 und 539 erlassenen neuen Verordnungen Nov. 74 u. 89, in welchen er die schon 10 Jahre früher in dem Cod. rep. praelect. lib. V. tit. 27. cap. 8—12 hinsichtlich der natürlichen Kinder erlassenen Constitutionen: „de naturalibus liberis et matribus eorum, et ex quibus causis iusti efficiantur“ wiederholte, ergänzte und verbesserte.

Gleich im ersten Capitel der 74sten Novelle heißt es: „Si quis sane non habens filios legitimos, naturales autem tantummodo, ipsos quidem suos facere voluerit, mulierem vero aut non habet penitus, aut quae non sine delicto sit, aut quae non appareat, habeat autem secundum quandam legem ad matrimonium praepeditam: damus ei fiduciam nova quadam et nunc adinventa a nobis via ad legitimorum ius perducere naturales proculdubio suis in talibus casibus non existentibus filiis.“ Diese neue Art der Legitimation aber besteht nach den Bestimmungen des folgender Capitels in der Kaiserlichen Legitimation, oder wie sie gewöhnlich heißt: per rescriptum principis, wenn der Vater natürlicher Kinder verhindert ist, mit der Mutter dieser Kinder eine Ehe zu schließen, und unter Anführung genügend befundener Gründe, den Kaiser selbst um Legitimirung seiner Kinder bittet, oder die Kinder in seinem Testamente für legitim erklärt, und die Erben um die Kaiserliche Bestätigung eines solchen Testaments ansuchen. „Uno enim hoc modo, sagt der Kaiser, omnibus huius-

modi naturae excessibus et adinventionibus, in iis qui legitimos non habent filios, medemur, ita brevi solatio tantum naturae impetum corrigentes."

In der Nov. Const. 89: Quibus modis naturales efficiuntur sui et de eorum ex testamento sive ab intestato successione, zählt nun Justinian alle Arten der Legitimation nochmals auf, indem er nicht ohne Ruhmredigkeit seiner Verbesserung und Begünstigung dieser Mittel, die natürlichen Kinder zu legitimen zu machen, weitläufig auseinandersetzt. Ohne tiefer darauf einzugehen, sei es nur erlaubt, die Hauptstellen aus seiner merkwürdigen Verordnung hier hervorzuheben, und zwar aus Cap. 2—6: „De primo (hoc est per oblationem Curiae) modo legimationis: Si quis autem legitimos quidem filios non habeat, naturales autem ei solummodo sint; liceat ei curiae honore scribere eos heredes: et scriptura pro omni oblatione consistat, et non egeat hoc antiquarum legum alia adiectione neque oblatione, dum superstites essent: sed ex hoc ipso scripti si liberi sint, curiales simul et heredes fiant." — Desgleichen aus Cap. 8: „De secundo leg. modo per instrumenta dotalia" — so und nicht „per subsequens matrimoniam" nennt das Gesetz diese Legitimation, obwohl nicht gerade in allen Fällen Heirathsverträge zum Beweise der rechtmäßigen Ehe erfordert werden, außer bei den Vornehmen des Reichs, illustribus, nachdem auch selbst diesen die Eingehung der Ehe mit ihren Concubinen auch aus dem niedrigsten Stande, falls sie nur frei waren, gestattet ward: cf. Nov. Const. 117 cap. 4. Hinsichtlich des Rechts der Kinder

sagt der Kaiser: „legitimum ius praebentes eis, qui erant primitus naturales: circa quorum successionem non laboravimus: semel enim eos efficientes legitimos, damus habere etiam successiones illas, quas habent ii, qui ab initio legitimi sunt"; und fügt im § 1 hinzu: „et quaedam a nobis inventa est ratio regularis optime narrans de ordine nascentium. Cum enim dubitaretur, utrum oporteat conceptus, an partus respici tempus, sancimus ut non tempus conceptus, sed partus inspiciatur, propter filiorum utilitatem (welches denn utiliter auch jetzt noch für die zu früh in der Ehe geborenen Brautkinder gilt). Si vero tales contigerit aliquas excogitari circumstantias casuum, in quibus est utilius conceptionis tempus quam partus: tempus illud valere magis praecipimus, quod utilius sit nascenti." Ferner Cap. 9: „De tertio modo legitimationis per Principis Rescriptum § 1. Sit igitur licentia patri in praedictis casibus matrem in priore schemate relinquenti, Imperio preces offerre, hoc declarantes, quia vult naturales suos filios restituere naturae et antiquae ingenuitati et iuri legitimo: ut sub potestate eius consistant, nihil a legitimis filiis differentes: quo facto ex hoc filios frui huiusmodi adiutorio." Sodann heißt es im Cap. 10: „De quarto modo legit. per testamentum patris a Principe confirmatum: Si vero is, qui solummodo naturalium filiorum est pater, per quosdam fortuitos casus non valuerit hoc agere, moriens autem sub quodam praedictorum casuum scripserit testamentum, volens sibi legitimos esse filios successores: et in hoc damus

ei licentiam et fiduciam, supplicantibus tamen etiam sic filiis post mortem patris, et hoc dicentibus et offendentibus patris testamentum, et heredibus existentibus secundum legem: hoc quoque donum habeant patris et Principis, id est dicere, naturae simul et legis." Cap. 12 handelt demnächst umständlich: „De successione omnium naturalium filiorum: Discretis igitur et iis qui facti sunt legitimi, et iis qui manserunt naturales: ordinandum est iam etiam de successionibus eorum." Und endlich verfügt noch Cap. 15: „Ut filii ex damnato coitu nati nec alimenta a parentibus consequantur" und schließt § 1: „Haec — nämlich wie es später heißt — et ad hominum medelam atque naturae supplementum — a nobis sancita sint, et nulla penitus ignorantia nostrarum erit legum, nec qui sunt legitimi, qui vero naturales, nec quomodo eis legitima iura dantur: aut quomodo etiam naturales permanentes promerentur humanitatem: et quomodo etiam ipsi competenter honorati sunt, ab eorum, qui neque naturales dici digni sunt, communione segretati."

Fassen wir den Inhalt aller dieser Vorschriften des Römischen Gesetzgebers kurz zusammen, so ergiebt sich, daß weder alle im außerehelichen Beischlaf, wie z. B. in Ehebruch und Incest, erzeugte Kinder legitimirt werden konnten, noch die Kinder der Sclavinnen, so lange diese nicht freigelassen werden, legitimationsfähig waren, und keine der vier besondern Legitimations-Arten der legitimirten Kindern andere als bloß Verwandtschafts- und Familien- und in deren Folge zugleich Intestaterb-

rechte in Beziehung auf ihre Väter verliehen, während von Standesrechten des Vaters, die damit auf die legitimirten Kinder übergegangen wären, in allen diesen Gesetzen keine Spur zu finden ist. Auch das Römische Recht kann mithin die Annahme nicht rechtfertigen, daß nachfolgende Ehe den dadurch legitimirten natürlichen Kindern auch des Vaters Standesrecht ertheilt, und selbst bei der ohne nachfolgende Ehe der Eltern, bloß durch des Kaisers Rescript erfolgten Legitimation konnte, nach Justinians Absicht, nur von ihrer Legitimation Behufs des Erbrechts an des Vaters Nachlaß die Rede sein.

Vergleichen wir eben so das Canonische Recht in den Decretalen Gregors Lib. IV. tit. 17: Qui filii sint legitimi, so ergiebt gleich die Ueberschrift des ersten Capitels: „Naturalis ex soluto genitus et soluta legitimatur per subsequens parentum coniugium, etiam qnoad haereditatem", und Cap. 6: „Tanta est vis matrimonii, ut qui antea sunt geniti, post contractum matrimonium legitimi habeantur. Si autem vir vivente uxore sua aliam cognoverit, et ex ea prolem susceperit, licet post mortem uxoris eandem duxerit, nihilominus spurius erit filius, et ab haereditate repellendus, praesertim si in mortem uxoris prioris alteruter eorum aliquid fuerit machinatus", — daß die Legitimation durch nachfolgende Ehe den legitimirten natürlichen Kindern nur ein Erbrecht in des Vaters Vermögen gestattete, ihnen aber die persönlichen Standesrechte des Vaters nicht ertheilte, im Ehebruch erzeugte Kinder aber überall nicht legitimirt werden konnten, um zu des

Vaters Erbschaft ab intestato zu gelangen. Dies bestätigt auch der Schluß des sehr weitläufigen Cap. 13, welches auch die legitimatio per rescriptum principis anerkennt, wie schon aus der den Inhalt kurz angebenden Ueberschrift hervorgeht: „In terris ecclesiae Papa potest libere illegitimos legitimare, in terris vero alienis non nisi ex causis multum arduis, vel nisi in spiritualibus: tunc tamen indirecte et per quandam consequentiam intelligitur legitimare etiam quoad temporalia: hoc tamen ultimum non est sine scrupulo.“ Dies aber scheint auch der Grund, warum man in den späteren Jahrhunderten nur bei dem Kaiser oder einem Pfalzgrafen, als dessen Stellvertreter, oder bei dem Landesherrn die Legitimation per rescr. principis nachsuchen konnte, wie Thibaut in seinem System des Pand. Rechts § 483 erwähnt, aber der Concession des Landesherrn außerhalb des Landes keine Kraft beizulegen pflegte.

Auch das Lehnrecht giebt keinen Grund zu der gemeinrechtlich behaupteten Uebertragung der Standesrechte durch nachfolgende Ehe der Eltern natürlicher Kinder, da es weder nach den Consuetudines feudorum Lib. II. 26, 10: „Naturales filii, licet postea fiant legitimi, ad successionem feudi, nec soli, nec cum aliis admittuntur“; noch nach dem daraus entnommenen, bei uns wohl noch bis ins vorige Jahrhundert geltenden Ichteswelke Articull vnd Stücke von Lehen-Gude vnd Lehen-Rechte, alse das beschreuen Bapstlike vnd Keyserlicke Recht vthwysen V, 2: „Vnechte Kinder, woll das se nach geechtiget syn, de en

mögen nicht Lehngut erven", eine solche Legitimation zum Erbrecht gelten läßt, viel weniger denn dabei die Rechte der Ritterbürtigkeit statuiren konnte.

Georg Adam Struv führt schon in seinem Syntagma iuris feudalis Frcof. et Jenae ed. V. 1677 an pag. 162 cap. V. art. VII.: „Dignitas Regalis et Nobilis, quae feudis quibusdam cohaeret, a solo Imperatore et Rege Romanorum conferri potest. De noviter concedendis huiusmodi dignitatibus disponitur in Imp. Ferdinandi III. Capitulat. art. XLVI: „Wir sollen und wollen auch in fleißige Obacht nehmen, und nicht gestatten, daß diejenige expeditiones, so in Gnaden und andern Sachen, insonderheit aber Diplomata über den Fürsten, Graffen und Herrenstand, auch Nobilitates, Palatinaten, sammt andern Freyheiten und Privilegien, welche wir als Römischer König und künfftiger Kayser ertheilen werden, bey keiner andern als des Reichs-Cantzley, wie solches von Alters löblich herkommen, auch unser und des h. Reichs Hoheit gemäß ist, geschehen." Add. Recess. Imper. zu Regenspurg d. A. 1654. § über dieses circa finem; und nach Struv Synt. L. 1 T. 6 § 54 hält man eben so das Recht, Adlige zu legitimiren für ein Reservat des Kaisers.

Hierauf also kann nur die Annahme der Rechtslehrer basirt werden, daß uneheliche Kinder des Adels, falls sie durch der Eltern nachfolgende Ehe legitimirt worden, per rescriptum principis auch Adelsrechte erlangen und als Adlige legitimirt werden konnten. Die Ansicht des heutigen gemeinen Rechts in dieser Materie aber können

wir wohl am füglichsten mit den Worten Thibaut's a. a. O. aussprechen:

„Nachdem die Legitimatio per Curiae oblationem durch Aufhören ihres Objects Antiquität geworden ist, gibt es nur noch zwei Arten, nämlich Legitimation durch Ehe und ein Rescript. Die erste findet Statt, auch wenn der Vater eheliche Kinder hat; und da die Ehe sich bei uns durch ihre Solennien genugsam characterisirt, so hält man sich an die Römische Vorschrift, daß bei einer solchen Ehe pacta dotalia errichtet werden sollen, nicht mehr gebunden. Es muß jedoch eine wahre Ehe geschlossen sein. Die Legitimation durch ein Rescript sollte nach Justinian's Vorschrift nur stattfinden, wenn der Vater die Concubine nicht heirathen konnte und keine ehelichen Kinder hatte; allein beides wird jetzt nicht mehr befolgt. — Nach Aufhören des Concubinats im neuern Europa mußte man überhaupt entweder die Legitimation ganz fallen lassen, oder sie auch auf andere Arten unehelicher Kinder beziehen. Da nun aber die Arrogation der aus einem verbotenen Beischlaf erzeugten Kinder nirgend untersagt ist, und diese jetzt also sowohl durch Legitimation als Arrogation der väterlichen Gewalt unterworfen werden können: so bleibt es characteristisches Merkmal der Legitimation, daß sie unehelichen Kindern die vollen Rechte ehelich geborener Kinder ertheilt."

Daß hierunter nach den angeführten Gesetzen des Römischen und Canonischen Rechts nur die Familien- und Erbrechte des Legitimirten in Beziehung auf seinen

Vater verstanden werden können, ist eben so unzweifelhaft, wie die schon erwähnte Behauptung, daß zur Erlangung auch der besondern Standesrechte des Vaters das Gesuch an den Kaiser, und seit das Deutsche Reich nicht mehr existirt, an den Landesherrn unerläßlich ist.

So lange Esthland unter der Herrschaft des Deutschen Ordens noch mit unter der Oberhoheit des Deutschen Kaisers und heil. Römischen Reiches stand, mußten diese Grundsätze auch hier gelten. Unter der Herrschaft der Schweden derogirten ihnen auch keine neuen hierüber besonders ertheilten Gesetze. Nur das am 3. Septbr. 1686 von König Carl XI. emanirte Kirchen-Gesetz disponirte in Cap. XV „Von Verlöbnissen und der Ehe" folgendergestalt:

§ 13. „Wenn die Verlobten sich fleischlich zusammen thun, ist es vor eine Ehe zu halten, so mit dem Band der Kirche muß vollzogen werden. Entziehet er sich der priesterlichen Copulation, so wird sie für seine Ehefrau erkläret, und hat alsdann der eine sowohl, als der andere bei dem weltlichen Gerichte sich dessen zu erholen, was das Gesetz vermag."

§ 14. „Beredet Jemand eine Jungfrau zum Beyschlaf unter Versprechung der Ehe, soll er, vermöge göttlichen Gebots, selbige zur Ehe nehmen und nicht zu verlassen verpflichtet seyn. Läugnet er die Zusage, und kann zu keinem Vergleich gebracht werden, so verweiset man ihn ans weltliche Gericht, umb sich daselbst gehörigermaßen zu befreien. Gestehet er die Zusage und verläßt sie freventlich, so geneußt sie gleiches

Recht als eine verlobte Braut, und er wird gestrafet, als welcher sie unbefugterweise verläßt."

Mit Recht schließt man hieraus, daß wenn in diesem, wie in dem ersten Fall, die Betrogene für die Ehefrau ihres Verführers durch das Consistorium erklärt worden, auch das in solcher Verbindung außerehelich erzeugte Kind durch die nachfolgende, gleichviel ob freiwillige oder erzwungene Ehe legitimirt werde, wie die Brautkinder durch nachfolgende Ehe, wie wir oben gesehen, schon nach Römischen Rechte für eheliche angesehen werden sollen.

Aehnlich verordnet das am 28. Decbr. 1832 Allerhöchst bestätigte Gesetz für die Evangelisch-Lutherische Kirche in Rußland:

§ 90. „Wenn Verlobte einen nur Eheleuten erlaubten Umgang mit einander gepflogen haben, so wird die Aufhebung des Verlöbnisses auf einseitiges Verlangen nicht gestattet. Das Consistorium hat auf die Klage der Braut, sobald es dieselbe für gegründet erkennt, mittelst Erkenntnisses die Vollziehung der Trauung vorzuschreiben, und wenn diese dessen ungeachtet binnen 3 Monaten nicht erfolgt; so erklärt es, auf neues Ansuchen, die entehrte Braut für die geschiedene Ehefrau des Verlobten, und stellt ihr frey, auf Grundlage dessen, ihre Rechte durch das weltliche Gericht zu verfolgen."

§ 93. „Wenn Jemand eine Jungfrau unter dem Versprechen der Ehe verführt, so genießt die Verführte die Rechte einer unbefugter Weise verlassenen verlobten Braut in Gemäßheit des § 90."

was denn auch über die Legitimation des Kindes der

Verführten in Beziehung auf die Familien- und Erbrechte zu dem Vater keinen Zweifel läßt, dagegen das Gesetz über die Standesrechte eines solchen Kindes gar nichts aussagt. Erwägen wir aber, was Herr Professor v. Bunge im Liv- und Esthländischen Privatrecht § 50 S. 77 bei den Veränderungen der Standesrechte in unseren Provinzen während der Russischen Regierungszeit über den vorherrschenden Einfluß des Russischen Reichs-Rechts auf unser Provincialrecht, besonders seit der wenn auch nur vorübergehenden Einführung der Russischen Statthalterschafts-Verfassung und Verordnungen, so wie der Adels- und Städte Ordnungen und seit der Aufhebung der Leibeigenschaft bei uns, so überzeugend ausgeführt, und sehen wir, daß auch er bei der Lehre von der Legitimation § 298 bei dem Mangel eigenthümlicher Rechtsbestimmungen hierüber sich nur auf den Russischen Swod Bd. X. Art. 98 und 100 bezogen hat, wonach Gesuche um Legitimation an Se. Kaiserl. Majestät untersagt, und nur noch Gesuche um Adoption mit Standeserhöhung gestattet sind, welche ohne Allerhöchste Genehmigung von gar keiner Wirkung wären; so müssen wir gestehen, daß es mit den angeblich ipso iure aus der Legitimation durch nachfolgende Ehe erworbenen Standesrechten bei uns wohl sehr mißlich aussieht, da das Russische Recht diese Art der Legitimation gar nicht kennt, und nur die per rescriptum principis in Folge der vollzogenen Ehe bis zum Jahre 1829 überhaupt gekannt hat, nun aber diese nicht mehr statuirt. Die früher durch Kaiserliche Begnadigung legitimirten unehelichen Kinder aber genießen nur diejenigen Rechte und Präro-

gative (Familien-, Erb- und Standesrechte), welche ihnen das Allerhöchste Rescript über ihre Legitimation ausdrücklich verleiht, nach den Worten des am 23. Juli 1829 publicirten Allerhöchsten Befehls vom 2. Jan.:

> § 98. „Всѣ воспитанники и незаконнорожденные, сопричтенные къ законнымъ дѣтямъ по особымъ Высочайшимъ Указамъ, состоявшимся до воспрещенія принимать о нихъ прошенія, пользуются ненарушимо всѣми правами и преимуществами силою тѣхъ указовъ имъ предоставленными",

wobei die neueste Fortsetzung des Swod der Reichsgesetze nach dem Allerhöchsten Befehl vom 18. Jan. 1835 hinzufügt:

> Примѣчаніе. Приносимыя Его Императорскому Величеству прошенія объ узаконеніи незаконнорожденныхъ дѣтей или воспитанниковъ, а также о сопричтеніи къ законнымъ дѣтей, рожденныхъ до брака съ настоящею женою, велѣно, не внося въ Коммисію прошеній, оставлять безъ движенія."

Da solchemnach alle Legitimation per rescriptum principis völlig abgeschafft ist und aufgehört hat; durch solche hier aber nur allein den durch nachfolgende Legitimation zur Erbschaft legitimirten Kindern auch die persönlichen Standesrechte des Vaters zu Theil werden konnten, so werden wir auch zur Beantwortung der oben aufgestellten Frage, die uns vielleicht schon zu lange hier beschäftigt hat, wohl schwerlich noch etwas hinzuzufügen brauchen. Die besonderen Bestimmungen des Russischen Rechts über die Adoption von Verwandten, Aufzöglingen und Findelkindern nach Verschiedenheit des Standes der Adoptivkinder gehören aber nicht hierher.

XI.

Ueber die Verwandtschaft und Schwägerschaft, als Ehehinderniß.

Von Dr. F. G. v. Bunge.

(Schluß.)

B. Darstellung des heutigen Rechts.

§ 12.

Uebergang.

Aus der im ersten Abschnitte gelieferten geschichtlichen Einleitung [1]) ergiebt sich, daß seit der Reformation die Gesetzgebung der Deutschen Ostseeprovinzen Rußlands über verbotene Grade sich vorzugsweise auf das Mosaische Recht gestützt hat, oder doch stets davon ausgegangen ist. Fast alle Landrechtsentwürfe [2]) und ebenso die neuere Curländische [3]) und die Schwedische Gesetzgebung [4]) berufen sich mindestens ausdrücklich auf das Göttliche oder Mosaische Recht, wenngleich freilich in der Regel die Mosaischen Verbote, und zwar — bis zum Ende des 17ten Jahrhunderts — je später je mehr erweitert wurden. Wenn daher die neuere Russische Gesetzgebung [5]) vom J. 1823 wieder zum reinen Mosai-

1) S. oben S. 97—152.
2) S. oben S. 102, 104, 108, 143.
3) S. 107.
4) S. 118, 129, 131 Anm. 92. S. 134.
5) S. oben S. 149 fgg.

schen Rechte zurückkehrte, so geschah dies einerseits ebenso sehr im Geiste der älteren provinciellen Gesetzgebung, — in welcher die weiten Ausdehnungen der Verbote als auf Mißverständnissen beruhend und daher als mißbräuchlich angesehen werden mochten, — als es andererseits mit den beschränkenden Principen im Einklange steht, welche sämmtlichen neueren Protestantischen Gesetzgebungen über Eheverbote wegen Verwandtschaft und Schwägerschaft zum Grunde liegen [6]). Noch weiter, als der Beschluß des Ministercomité vom J. 1823, geht in dieser Beziehung die neueste Russische Legislation: das Allerhöchst bestätigte Gesetz für die Evangelisch-Lutherische Kirche in Rußland vom 28. December 1832, durch welches alle früheren Quellen des Protestantischen Kirchenrechts im Russischen Reiche, mithin auch die provinciellen, ausdrücklich abgeschafft worden sind [7]).

§ 13.

Bestimmungen des Kirchengesetzes vom J. 1832.

Das neue Kirchengesetz von 1832 enthält über unsern Gegenstand, nach der officiellen Deutschen Uebersetzung, wörtlich nachstehende Bestimmungen:

§ 73. „In der Evangelisch-Lutherischen Kirche in Rußland sind die Ehen in folgenden Graden der Ver-

---

6) S. C. F. Eichhorn's Kirchenrecht Th. II. S. 393—405 und 415—419.

7) In dem Publicationspatent vom 28. Decbr. 1832 heißt es: „Mit der Herausgabe dieses neuen Gesetzes werden alle bisher in Unserem Reiche in Kraft und Wirksamkeit gewesenen Verordnungen über die Einrichtungen der Evangelisch-Lutherischen Kirche abgeschafft."

wandtschaft und Affinität verboten: 1) Zwischen Blutsverwandten in aufsteigender und absteigender Linie. 2) Zwischen leiblichen Brüdern und Schwestern, wenn auch von verschiedenen Vätern oder Müttern. 3) Zwischen Stiefvater und Stieftochter, zwischen Stiefmutter und Stiefsohn, zwischen Schwiegersohn und Schwiegermutter, zwischen Schwiegertochter und Schwiegervater, wenn auch die Ehe, aus welchen (soll heißen: aus welcher) diese Affinität herrührt, durch den Tod, oder durch gerichtliches Urtheil aufgehoben ist, und von derselben keine Kinder nachgeblieben sind, oder vorhanden waren. 4) Zwischen dem Neffen und der leiblichen Tante, das ist: der leiblichen Schwester des Vaters, oder der Mutter. — In allen diesen Graden sind die Ehen zwischen Personen, die in einer aus rechtmäßiger Ehe oder aus unehelicher Verbindung entstandenen Verwandtschaft oder Affinität stehen, gleich verboten."

§ 74. „Ehen mit der leiblichen Nichte, oder mit der Wittwe des Oheims, des leiblichen Bruders des Vaters, oder der Mutter, werden aus besonderen wichtigen Gründen mit Genehmigung des Generalconsistoriums erlaubt, welches über jeden Fall dieser Art sogleich an das Ministerium der innern Angelegenheiten berichtet. Die Erlaubniß wird durch das respective Consistorium nachgesucht."

§ 75. „Ehen zwischen Adoptivkindern und Adoptiveltern sind, so lange die Adoption nicht gesetzlich aufgehoben ist, verboten."

§. 14.

Zergliederung der einzelnen Verbote: 1) wegen Verwandtschaft.

Zergliedern wir die eben angeführten Bestimmungen des neuen Kirchengesetzes, so finden wir daß

I. rücksichtlich der Verbote der Ehe wegen Verwandtschaft unterschieden wird zwischen natürlicher oder Blutsverwandtschaft und bürgerlicher oder Adoptivverwandtschaft. Von der geistlichen Verwandtschaft ist keine Rede [8]).

1. Wegen Blutsverwandtschaft ist die Ehe in gerader Linie unbedingt und ins Unendliche verboten [9]). In der Seitenlinie dagegen finden sich nur folgende drei einzelne Verbote:

a) der Ehe zwischen Brüdern und Schwestern, wobei es nicht darauf ankommt, ob es vollbürtige oder halbbürtige Geschwister sind [10]). Für die Ehe zwischen Geschwisterkindern findet sich gar kein Verbot; daher es auch für eine solche nicht mehr, wie nach älterem Rechte, der Dispensation bedarf. Daß der Ehe zwischen zusammengebrachten Kindern kein Ehehinderniß entgegensteht, versteht sich von selbst, da unter ihnen weder ein verwandtschaftliches noch ein schwägerschaftliches Verhältniß stattfindet [11]).

---

8) Vergl. oben S. 99 und 123.

9) KG. § 73 № 1.

10) Das. № 2.

11) Daß darüber unter den Lehrern des gemeinen Rechts dennoch Streit sein konnte (vgl. A. L. Schott, Einleitung in das

b) Bei dem Verbot der Ehe „zwischen dem Neffen und der leiblichen Tante, d. i. der leiblichen Schwester des Vaters oder der Mutter“ [12]) frägt es sich, ob dasselbe bloß auf die Ehe mit der vollbürtigen, oder auch mit der halbbürtigen Schwester des Vaters oder der Mutter geht? Der Ausdruck leibliche Schwester ist hier jedenfalls zweideutig, da er in der Regel mit vollbürtig synonym gebraucht wird [13]), für einen entgegengesetzten Sprachgebrauch des Kirchengesetzes aber angeführt werden kann, daß dasselbe an einer anderen Stelle, wo es von „leiblichen Brüdern und Schwestern“ spricht, — den Zusatz macht: „wenn auch von verschiedenen Vätern und Müttern [14]).“ Nimmt man nun dies für eine Erklärung des Wortes leibliche B. u. S., so könnte man daraus folgern, daß

Eherecht (Nürnb. 1802. 8.) § 118 u. 129), ist in der That kaum zu begreifen.

12) Kirchengesetz § 73 № 4.

13) J. C. Adelung, Wörterbuch der Hochdeutschen Mundart, Th. II. Sp. 1997: „Ein leiblicher Bruder, der mit einem andern von einerlei Aeltern gezeuget worden, ein vollbürtiger, rechter Bruder; zum Unterschiede von einem Halbbruder oder Stiefbruder.“ Freilich sagt J. H. Campe (Wörterbuch der Deutschen Sprache. Th. III. S. 81): „Leibliche Geschwister, die von denselben Aeltern oder doch von demselben Vater oder derselben Mutter gezeugt und geboren sind“; fügt aber diesem Satze, höchst gedankenlos Adelung ausschreibend, hinzu: „zum Unterschiede von den Stiefgeschwistern oder Halbgeschwistern (!!). Ein Leiblicher Bruder, oder rechter, vollbürtiger.“ Eben so gedankenlos wird Campe buchstäblich ausgeschrieben von Th. Heinsius: volksthümliches Wörterbuch der Deutschen Sprache. Bd. III. S. 110.

14) A. a. O. № 2.

auch an allen übrigen Stellen, wo das Kirchengesetz von leiblichen Geschwistern spricht, darunter sowohl voll- als halbbürtige Geschwister zu verstehen seien. Allein es kann jener Zusatz — seiner ganzen Fassung nach — auch so verstanden werden, daß bloß in diesem in Rede stehenden Falle, also ausnahmsweise, die volle und halbe Geburt keinen Unterschied begründe, mithin in anderen Fällen leiblich für gleichbedeutend mit vollbürtig genommen werden müßte. Dennoch müssen wir uns für die weitere Bedeutung des Wortes „leiblich" entscheiden, und zwar aus folgendem Grunde. Es ist der Ausdruck: leibliche Brüder und Schwestern in allen angeführten Stellen unseres Kirchengesetzes eine Uebersetzung aus dem Russischen родные братья и сестры, welches keinesweges vollbürtige Geschwister heißt, jedenfalls nicht zunächst den Gegensatz zu halbbürtig bildet [15]), sondern vielmehr entgegengesetzt wird den consobrinis und sobrinis, welche im Russischen auch Brüder und Schwestern heißen, jedoch, zur Unterscheidung von den eigentlichen Brüdern und Schwestern, mit dem Zusatze двоюродные, троюродные братья и сестры, d. i. Brüder und Schwestern zweiten und dritten Geschlechts, zweiten und dritten Grades [16]), bezeichnet werden. Род-

15) Ausnahmsweise wird allerdings das Wort родный auch in diesem Sinne gebraucht, namentlich im Art. 710 des Swod der bürgerlichen Gesetze (Bd. X.). Allein s. über die Regel die folgende Anmerkung.

16) Vergl. den Swod a. a. O. Art. 143 fgg., 685 fgg., und besonders die erste Beilage zum Art. 158. Родъ von родить, gebären, heißt ursprünglich ohne Zweifel „Geburt", dann auch „Geschlecht, Familie, Gattung"; in der Zusammensetzung двою-

ный ist demnach soviel, als единородный братъ, Bruder des ersten Geschlechts, des ersten Grades. Es sind daher unter родные братья и сестры sowohl vollbürtige als halbbürtige Geschwister zu verstehen, und folglich die Ehe sowohl mit der vollbürtigen, als mit der Halbschwester des Vaters oder der Mutter als verboten anzusehen.

c) Von dem dritten einzelnen Verbot in der Seitenlinie: der Ehe „mit der leiblichen Nichte" kann dispensirt werden[17]. Uebrigens gilt hier von der leiblichen Nichte dasselbe, was eben von der leiblichen Tante ausgeführt wurde: das Verbot muß nämlich sowohl auf die Tochter des vollbürtigen als des Halbbruders, der vollbürtigen wie der Halbschwester bezogen werden.

Was die Natur der Blutsverwandtschaft betrifft, so wird am Schluß des § 73 ausdrücklich gesagt, daß

родный, троюродный dürfte es am passendsten durch „Grad" gegeben werden, also: „Geschwister zweiten, dritten Grades." In dem Словарь Академіи Россійской 2te Ausg. Th. V. Sp. 1057, heißt es: „Родный, ная, ное. Единокровный, въ первыхъ степеняхъ родства состоящій. Родный братъ, дядя. Родная сестра, тетка"; und Th. II. Sp. 39: „Двоюродный, ная, ное. Во второй степени родства находящійся. Двоюродный братъ." Es heißt hiernach родный: „der von demselben Blut ist, und im ersten Grade der Verwandtschaft steht", und двоюродный: „der im zweiten Grade der Verwandtschaft sich befindet." Vergl. übrigens noch über die Bedeutung von родить: A. v. Reutz in E. G. v. Bröcker's Jahrb. f. Rechtsgelehrte in Rußland Bd. I. S. 69 fgg. und Bd. III. S. 108 fgg. und (Zimmermann) ebendas. Bd. II. S. 157 fgg.

17) Kirchengesetz § 74.

in allen in diesem Paragraph genannten Graden es nicht darauf ankommt, ob die Verwandtschaft durch eheliche oder außereheliche Zeugung begründet sei. Wie steht es aber mit dem erst im folgenden § 74 aufgeführten Verbote der Ehe mit der leiblichen Nichte? Der angegebene Schluß des § 73 weist durch die Worte: „in allen diesen Graden“ so bestimmt und so ausschließlich bloß auf die in demselben § vorstehend aufgeführten Verbote hin, daß wenn man sich auch nur an die Worte des § 74 halten wollte, wo von einer solchen Gleichstellung der unehelichen Nichte mit der ehelichen nicht die Rede ist, man in Versuchung kommen könnte, das Verbot bloß auf die Ehe mit der ehelichen Nichte zu beschränken. Denn unter solchen Umständen reicht man auch mit dem bekannten Grundsatz: „ubi lex non distinguit etc.“ nicht aus. Jedenfalls ist indeß die Unbestimmtheit des Gesetzes in diesem Falle von keinem so großen Belang, da das fragliche Verbot ein dispensables ist. Allein eben daher muß die Nachsuchung der Dispensation auch für die Ehe mit der unehelichen Nichte stets nicht nur als rathsam, sondern auch als nothwendig betrachtet werden. Die die Dispensation ertheilende Behörde aber wird ohne Zweifel die Unehelichkeit des Bandes für einen Grund mehr zur Nachgabe der Ehe ansehen.

2. Wegen bürgerlicher Verwandtschaft ist nur die Ehe zwischen Adoptiveltern und Adoptivkindern, und auch zwischen diesen nur so lange die Adoption nicht gesetzlich aufgehoben ist, verboten [18]).

---

18) Kirchengesetz § 75.

§ 15.

2) Verbote der Ehe wegen Schwägerschaft.

II. Wegen Schwägerschaft ist die Ehe nur in fünf einzeln genannten Fällen verboten. Davon kommen

1. vier indispensable Fälle auf die Schwägerschaft in gerader Linie, nämlich die Ehe
   a) zwischen dem Stiefvater und der Stieftochter,
   b) zwischen der Stiefmutter und dem Stiefsohn,
   c) zwischen dem Schwiegervater und der Schwiegertochter,
   d) zwischen der Schwiegermutter und dem Schwiegersohn [19]).

2. In der Seitenlinie ist bloß die Ehe „mit der Wittwe des Oheims, des leiblichen Bruders des Vaters oder der Mutter“ verboten, wiewohl dispensabel [20]). Daß unter dem leiblichen Bruder des Vaters oder der Mutter auch hier sowohl der vollbürtige, als der halbbürtige Bruder zu verstehen ist, kann nach dem oben [21]) Ausgeführten als unstreitig angenommen werden. Allein es fragt sich noch, ob der Ausdruck Wittwe hier im strengsten Sinne, für die nach dem Tode des Oheims nachgebliebene Ehefrau,

---

19) Das. § 73 № 3.
20) Das. § 74.
21) S. 314 fgg.

oder überhaupt für die gewesene Ehefrau desselben zu nehmen ist, also namentlich auch für dessen geschiedene Frau [22]), desgl. für diejenige, welche wegen Nichtigkeit der Ehe von dem Ehemann getrennt wurde? Es scheint allerdings gar kein innerer Grund vorhanden zu sein, die zuletzt genannten beiden Fälle auszunehmen, und man möchte daher leicht geneigt sein, den Ausdruck Wittwe hier im weiteren Sinne, und für gleichbedeutend mit gewesener Ehefrau zu verstehen, wenngleich zugegeben werden muß, daß eine so weite Ausdehnung des Begriffs der Wittwe in sprachlicher Beziehung ungewöhnlich [23]) und daher etwas bedenklich ist. Diese Bedenklichkeit wird auch dadurch nicht ganz gehoben, daß in dem unserer Bestimmung vorangehenden § 73, Nr. 3, nachdem der Verbote in der geraden Linie der Schwägerschaft gedacht worden, hinzugefügt wird: „wenn auch die Ehe, aus welcher diese Affinität herrührt, durch den Tod oder durch gerichtliches Urtheil aufgehoben ist.“ Denn es ist auch hier nicht entschieden anzunehmen, daß dieser Zusatz auf unser im folgenden § 74 aufgestelltes Verbot unbedingt Anwendung leide [24]).

Noch schwieriger ist eine zweite, hiermit in Verbindung

---

22) Hierher gehört auch der Fall, wo die vom Bräutigam fleischlich erkannte Braut oder unter gültigem Eheversprechen verführte Jungfrau für des Bräutigams und resp. Verführers geschiedene Ehefrau erklärt worden ist. Kirchengesetz § 90 u. 93 und v. Bunge's Privatrecht § 241.

23) Adelung a. a. O. Th. IV. Sp. 1585 fg. erklärt Wittwe, Wittwer: „eine verheirathete Person, welche ihres Ehegatten durch den Tod beraubt worden.“ Vergl. übrigens unten Anm. 26,

24) Vergl. oben. S. 316 fg.

stehende Frage. In demselben Satze, am Schlusse des § 73 des KG., der in Beziehung auf Verwandtschaft als Ehehinderniß bestimmt, daß der Umstand, ob die Verwandtschaft aus ehelicher oder unehelicher Verbindung entstanden, keinen Unterschied begründen soll, wird Gleiches auch hinsichtlich der Schwägerschaft festgesetzt. Die Schwägerschaft entsteht darnach also durch jede fleischliche Vermischung, diese erfolge in oder außerhalb der Ehe. So wenig nun die Anwendung dieses Grundsatzes auf die in dem § 73 aufgeführten Eheverbote wegen Schwägerschaft — dies sind die vier Fälle in gerader Linie — irgend einen Zweifel leidet, so bedenklich ist dessen Ausdehnung auf den im § 74 genannten Fall der Ehe mit der Wittwe des Oheims. Wir müssen hier zuvörderst unterscheiden die Frage, ob die Ehe verboten ist mit einem Frauenzimmer, mit welchem der Oheim außer der Ehe concumbirt hat, von jener, ob die Ehe mit der gewesenen Ehefrau des unehelichen Vaterbruders (es sei nun des ehelichen Bruders des unehelichen Parens oder des unehelichen Bruders des ehelichen Parens) ein Hinderniß entgegensteht. Der letztere Fall, wo nicht sowohl uneheliche Schwägerschaft, als vielmehr uneheliche Verwandtschaft obwaltet, muß ganz aus demselben Gesichtspunkt beurtheilt werden, wie der Fall der Ehe mit der unehelichen Nichte [25]. Es erscheint also auch für die Ehe mit der gewesenen Ehefrau des unehelichen Oheims die Nachsuchung der Dispensation nothwendig. Ganz anders verhält es sich dagegen

---

25) S. oben S. 317.

mit dem zuerst erwähnten Falle der Ehe mit einem Frauenzimmer, mit welcher der Oheim (ob der eheliche oder uneheliche, ist hier gleichgültig) außer der Ehe fleischlichen Umgang gehabt? Die Ausdehnung des Verbots auf diesen Fall ist dem Wortsinn durchaus entgegen, denn giebt man dem Worte „Wittwe des Oheims" eine auch noch so weite Bedeutung, so wird man darunter doch gewiß nie ein Frauenzimmer verstehen dürfen, mit welcher der Oheim etwa nur einmal concumbirt hat [26]). Und dennoch möchte man auch hier die Nachsuchung der Dispensation als rathsam empfehlen, weil die ratio hier dieselbe, oder doch das Verhältniß ein ganz ähnliches ist, und vollends auf den Umstand, wie oft Beiwohnung stattgefunden, rechtlich dort gar kein Gewicht gelegt werden darf, wo ausgesprochen ist, daß jeder Beischlaf Schwägerschaft begründet.

Schließlich ist hier noch zu bemerken, daß unser Kirchengesetz ebenso wenig ein Verbot der Ehe wegen Schwägerschaft entfernterer Grade, als wegen sog. mit-

---

26) Campe a. a. O. Th. V. S. 748 sagt, der Ausdruck Wittwe werde gebraucht: „in weiterer Bedeutung auch von einer weiblichen Person, welche von ihrem Manne oder von dem, welcher ihr gleich einem Manne beigewohnt hat, getrennt, entfernt ist"; — und führt als Beleg an die Worte Bürger's:

„O weh mir, daß Du mich zur Wittwe gemacht,
Bevor Du mich machtest zum Weibe."

Allein es dürfte hier ohne Zweifel der Gebrauch des Wortes Wittwe nur als poetische Licenz Rechtfertigung finden, und nichts für den gemeinen Sprachgebrauch beweisen. Schon eher könnte für eine weitere Bedeutung des Wortes „Wittwe" der Ausdruck „Strohwittwe" angeführt werden.

telbarer Schwägerschaft kennt, desgleichen keines wegen Quasiaffinität. Bei der eigentlichen Schwägerschaft endlich kommt es — wenigstens hinsichtlich der Eheverbote in gerader Linie — nicht darauf an, ob aus der sie begründenden Ehe (oder außerehelichen Vermischung) Kinder entsprungen sind oder nicht [27].

§ 16.

In wie weit ist eine Ausdehnung der Eheverbote des Kirchengesetzes zulässig? 1) auf gleiche Grade.

Obschon in unserem Kirchengesetz, sowohl im Eingange, als am Schluß des § 73 im Allgemeinen von „Graden der Verwandtschaft und Schwägerschaft", in denen die Ehe untersagt, die Rede ist, so werden doch, abgesehen von dem Verbot der Ehen in der geraden Linie der Verwandtschaft, im Uebrigen keine Grade, sondern nur einzelne Personen genannt, zwischen welchen die Ehe nicht zulässig ist, und es harmonirt also auch in dieser äußeren Beziehung unsere neueste Gesetzgebung mit dem Mosaischen Rechte. Es kann demnach sehr wohl auch hier die im Mosaischen Rechte so sehr bestrittene Frage aufgeworfen werden: ob der Gesetzgeber wirklich nur die ausdrücklich genannten Personen, oder ob er die Grade gemeint habe, und ob daher nicht auch in anderen, als den speciell genannten Fällen, wenn sie mit diesen dem Grade nach indentisch sind, die Ehe für verboten angenommen werden solle? Daß nach dem Mo-

27) Kirchengesetz § 73 № 3.

saischen Recht diese Frage verneinend zu beantworten sei, kann man jetzt wohl als entschieden annehmen [28]); allein nur die wenigsten der diese Entscheidung bedingenden Gründe lassen sich für eine gleiche Beantwortung unserer Frage anführen, weil jene größtentheils aus dem Mosaischen Recht, als solchem, hergenommen sind [29]). Indeß fehlt es nicht an anderen Gründen, die eine übereinstimmende Entscheidung unserer Frage herbeiführen. Dahin gehört zunächst die bereits erwähnte [30]) sichtbare Tendenz unseres Kirchengesetzes, die Eheverbote zu beschränken, der man offenbar entgegenhandeln würde, wollte man von den einzelnen speciell verbotenen Fällen auf ein gleiches Verbot in andern, ähnlichen Fällen schließen. Nicht minder wichtig ist die Rücksicht auf die strengen Grundsätze, welche die Russische Gesetzgebung [31]) über die Auslegung der Gesetze aufstellt: „Die Gesetze müssen nach ihrem eigentlichen und buchstäblichen Sinne, ohne irgend eine Aenderung oder Ausdehnung er-

---

28) S. C. F. Glück's ausführl. Erläuterung der Pandecten. Th. XXIV. S. 218—224 und die daselbst angeführte Litteratur, besonders J. D. Michaelis' Mosaisches Recht § 101 u. 117 und dessen Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis (2te Aufl. Göttingen 1768. 4.) § 81—115.

29) S. besonders Michaelis a. a. O.

30) S. oben § 12.

31) Da das Kirchengesetz selbst keine Interpretationsregeln aufstellt, so kann dasselbe, da es aus der Russischen Legislation geflossen, auch nur nach den Grundsätzen interpretirt werden, welche das Russische Recht über Auslegung der Gesetze anerkennt. Vgl. F. G. v. Bunge, wie und nach welchen Regeln müssen die in Livland geltenden Gesetze interpretirt werden? Dorpat, 1822. 8., bes. § 1 und 2.

füllt werden", — so lautet der Ausspruch des Swod der Russischen Gesetze [32]), der also auch jeder extensiven Auslegung unseres Gesetzes direct entgegensteht. Vollends aber muß als entscheidend angesehen werden, daß das Kirchengesetz selbst Fälle der Verwandtschaft desselben Grades verschieden beurtheilt: während es nämlich die Ehe zwischen dem Neffen und der leiblichen Tante unbedingt verbietet, erklärt es die Ehe zwischen dem Oheim und der leiblichen Nichte, die doch in demselben Grade der Verwandtschaft zu einander stehen, wie Neffe und Tante, zwar auch für verboten, gestattet aber in diesem

32) Swod der Reichsgrundgesetze (Bd. I.) Art. 65. Hier heißt es, nach den im Texte angeführten Worten, noch weiter: „Alle Behörden ohne Ausnahme, auch die höchsten (Centralbehörden) nicht ausgeschlossen, müssen in jedem Falle ihre Verfügungen auf die eigentlichen Worte des Gesetzes gründen, ohne an ihnen, außer mit Genehmigung Kaiserlicher Majestät, auch nur einen Buchstaben zu ändern, und ohne die trügerische Unbeständigkeit eigenbeliebiger Deutungen zuzulassen. Wenn aber wegen der Verschiedenheit des buchstäblichen Sinnes von Gesetzen, irgend eine Schwierigkeit in der Wahl und der Anwendung des Gesetzes auf einen vorliegenden Fall entstehen sollte: so schreibt in solchem Fall, wegen der Unmöglichkeit, den buchstäblichen Sinn eines Gesetzes mit dem gleichen eines anderen zu vereinigen, die Nothwendigkeit selbst vor, besonders in höheren Behörden, dem allgemeinen Geiste der Gesetzgebung zu folgen, und sich an denjenigen Sinn zu halten, der dem Geiste der Gesetzgebung am meisten entspricht." Vgl. auch ebendas. Art. 52: „Im Falle einer Dunkelheit oder Mangelhaftigkeit eines bestehenden Gesetzes, hat jede Behörde das Recht und die Verpflichtung, darüber ordnungsmäßig ihrer übergeordneten Behörde vorzustellen. Wenn der aufgestoßene Zweifel nicht durch den geraden (directen) Sinn des Gesetzes erledigt wird, so ist die übergeordnete Behörde verpflichtet, darüber dem dirigirenden Senat oder dem competenten Ministerium Vorstellung zu machen."

Falle Dispensation. Der Grund dieser Verschiedenheit ist nicht schwer zu finden: er liegt ohne Zweifel darin, daß unser Kirchengesetz eine Ehe in der ungleichen Seitenlinie der Verwandtschaft in dem Falle anstößiger findet, wenn ein Mann eine Frau ehelicht, und dadurch seiner (ehelichen) Vormundschaft unterwirft, die ihm parentis loco ist, als im umgekehrten Fall, da in diesem nichts Widernatürliches liegt. Auch ist die Rücksicht nicht aus den Augen zu lassen, daß im erstgedachten Falle die Ehefrau, gegen das natürliche Verhältniß, in der Regel älter sein wird, als der Ehemann [33]). Allein auf diese Gründe der Verschiedenheit dürfte es hier nicht ankommen; vielmehr ist die Verschiedenheit an sich genügend, um zu dem Schluß zu gelangen, daß eine Ausdehnung der speciellen Verbote auf ähnliche Fälle durchaus unzulässig erscheint. — Uebrigens sind nur drei Fälle denkbar, welche, ohne speciell verboten zu sein, dem Grade nach den speciell verbotenen gleichkommen. Erstens gehört dahin die Ehe der Nichte mit dem Wittwer, oder richtiger mit dem gewesenen Ehemann der Vater- oder Mutterschwester [34]), welche mit einander in demselben Grade verschwägert sind, wie der Neffe mit der gewesenen Ehefrau des Vater- oder Mutterbruders. Der

33) Diese Rücksicht hat im allgemeinen Preußischen Landrecht (Th. II. Tit. 1 § 8) bei der Bestimmung des hier in Rede stehenden Ehehindernisses zunächst geleitet. S. unten S. 329 fg. und vergl. C. F. Eichhorn's Kirchenrecht Bd. II. S. 404 fg.

34) Es sei hier ein für allemal bemerkt, daß was von der ehelichen Verwandtschaft und Schwägerschaft angeführt wird, nach dem oben Entwickelten, gleichmäßig auch von der außerehelichen gilt.

Grund, aus welchem diese Ehe im Kirchengesetz gar nicht verboten ist, ist offenbar der nämliche, aus welchem, wie eben angeführt worden, die Ehe mit der Nichte für dispensabel, dagegen die mit der Tante für indispensabel erklärt wird. Der zweite und dritte Fall begreift die Ehen mit der Tochter der gewesenen (geschiedenen) Ehefrau aus einer späteren anderweitigen Ehe derselben, und mit dem Sohne des gewesenen Ehemannes aus einer folgenden Ehe. Wenngleich, wie auch das Römische Recht ausdrücklich ausspricht [35]), eine solche Tochter der Frau aus einer späteren Ehe ebensowenig Stieftochter, als ein derartiger Sohn des Ehemannes ein Stiefsohn genannt werden kann, so ist doch daran nicht zu zweifeln, daß sie in demselben Grade mit den früheren Ehegatten ihres parens binubus verschwägert sind, wie Stiefeltern mit ihren Stiefkindern. Ebendaher rechnet das Römische Recht dergleichen Ehen zu den verbotenen [36]); nach unserem Kirchengesetze dagegen darf nach dem oben Ausgeführten — wenn sich auch das Gefühl gegen eine Ehe in gerader Linie der Schwägerschaft sträuben mag — dieselbe nicht für unerlaubt gehalten werden.

§ 17.

2) Ausdehnung der Eheverbote des Kirchengesetzes auf entferntere Grade.

Wenn nach den Erörterungen des vorhergehenden

---

35) Fr. 12 § 3 D. de ritu nuptiarum (23, 2): „Si uxor mea post divortium alii nupserit, et filiam susceperit, putat Iulianus, hanc quidem privignam non esse, verum nuptiis eius abstinendum."

36) Ebendas. u. § 9 I. de nuptiis (1, 10).

§ 16 eine Ausdehnung der in dem Kirchengesetze speciell aufgeführten Verbote auf dem Grade nach gleiche Fälle unzulässig erscheint, so darf vollends von einer Ausdehnung derselben auf entferntere Grade nicht die Rede sein. Und dennoch giebt es außer den am Schlusse des § 16 erwähnten Fällen noch manche andere, hinsichtlich deren man sich gern einem Zweifel daran hingeben möchte, daß die Absicht des Gesetzgebers in der That dahin gegangen sei, dergleichen Ehen ohne Weiteres zu gestatten. Die Fälle sind hauptsächlich folgende:

1) Das Kirchengesetz verbietet, wie wir oben (§ 15) gesehen haben, in der geraden Linie der Schwägerschaft bloß die Ehe zwischen Stiefvater und Stieftochter, Stiefmutter und Stiefsohn, Schwiegervater und Schwiegertochter, Schwiegermutter und Schwiegersohn. Zwar könnte man versucht sein, die Ausdrücke Vater und Mutter für Ascendenten überhaupt, Sohn und Tochter für Descendenten zu nehmen [37]), und würde auch wohl die Deutsche Sprachweise gewissermaßen für sich haben, insofern nämlich die ausgedehnteren Begriffe: „Eltern" und „Kinder" — besonders in älteren Rechtsquellen — in jenem weiteren Sinne sich gebraucht finden [38]). Allein die engeren Begriffe Vater, Mutter, Sohn, Tochter, vollends in der Zusammensetzung mit Stief- und Schwieger-, dürften wohl eine solche weitere Bedeutung schwer

37) Vergl. v. Bunge's Privatrecht § 238 Anm. b, wo der Verf. sich noch zu dieser Ansicht neigt.

38) Vergl. z. B. das allgemeine Preußische Landrecht Th. II. Tit. 1 § 5, unten S. 329.

in Anspruch nehmen [39]), welche jedenfalls gegen den Buchstaben ist [40]); vollends aber gilt dies von den in dem Russischen Original gebrauchten Ausdrücken: вотчимъ, падчерица, мачиха, пасынокъ, зять, теща, невѣстка, свекоръ, welche durchaus und ausschließlich nur von Verschwägerten im ersten Grade der geraden Linie zu verstehen sind [41]). Zur Unterstützung dieser Ansicht kommt endlich noch ein neuer Grund hinzu. Der bereits früher [42]) erwähnte officielle Bericht über die Abfassung des neuen Kirchengesetzes führt ausdrücklich an, das mit der Abfassung beauftragte Comité habe sich in dem von der Ehe handelnden 4ten Capitel des Kirchengesetzes der Preußischen kirchlichen Gesetzgebung angeschlossen. Zwar wird dies zunächst auf die Lehre von der Ehescheidung bezogen [43]), und hier ist freilich der Einfluß des allgemeinen Preußischen Landrechts auf das Evangelische Kirchengesetz für Rußland am stärksten. Daß jedoch das allgemeine Landrecht auch bei der Lehre von den Ehehindernissen zum Vorbilde gedient, jedenfalls dabei berücksichtigt worden ist, ist eben so unverkennbar [44]). Gerade in Beziehung auf die vorliegende Frage aber weicht das Landrecht von unserem Kirchengesetz wesentlich ab. Dort heißt es nämlich im Th. II. Tit. 1 § 5:

---

39) Vgl. die angeführten Wörterbücher von Adelung und Campe unter den betreffenden Rubriken.

40) S. oben S. 324 Anm. 32.

41) S. den Словарь Академiи Россiйской s. v. вотчимъ, падчерица rc.

42) § 11 Anm. 133 S. oben S. 147.

43) A. a. O. S. LIV.

44) Vgl. das allgem. Landrecht Th. II. Tit. 1. § 1—10 u. 13.

„Stief- oder Schwieger-Eltern dürfen sich mit ihren Stief- oder Schwieger-Kindern, ohne Unterschied des Grades, nicht verheirathen."

Lag nun diese Bestimmung des allgemeinen Landrechts den Verfassern unseres Kirchengesetzes als Muster vor, und ließen sie dennoch die nähere Bestimmung: „ohne Unterschied des Grades" weg, und führten vielmehr nur vier einzelne Ehen als verboten auf, so möchte wohl schwerlich mehr daran gezweifelt werden, daß diese Beschränkung der Eheverbote des Preußischen Rechts mit Absicht geschehen sei. Es ist mithin die Ehe mit der Stiefgroßmutter (zweiten Frau des Großvaters) und dem Stiefgroßvater, mit dem gewesenen Ehegatten des Großkindes 2c. für erlaubt anzusehen.

2) Das bisher Gesagte gilt in vollem Maße auch von dem zweiten hierher gehörigen Falle, nämlich der Ehe in der ungleichen Seitenlinie der Verwandtschaft. Es sollte nämlich scheinen, daß wenn die Ehe mit des Vaters oder der Mutter Schwester verboten ist, die mit des Großvaters oder der Großmutter Schwester noch anstößiger sei, weil hier dieselben Mißverhältnisse, welche oben[45]) als muthmaßlicher Grund des Verbots der Ehe mit der Tante angegeben worden, und zwar noch in höherem Grade, stattfinden. Diese Rücksicht vermochte auch das allgemeine Preußische Landrecht a. a. O. § 8 zu nachstehender Bestimmung:

„Wenn Jemand die Schwester seines Vaters, oder seiner Mutter, oder eines weiteren Ver-

---

45) S. 325.

wandten in aufsteigender Linie, die an Jahren älter ist, heirathen will, muß er dazu die Erlaub- des Staats nachsuchen."

Unser Kirchengesetz dagegen beschränkt das Verbot in der ungleichen Seitenlinie nur auf den zweiten Grad (Canonischer Computation) der Verwandtschaft, wie oben [46]) ausführlich angegeben worden. In der ungleichen Seitenlinie der Schwägerschaft, wo dieselben Rücksichten, wenn auch in verhältnißmäßig geringerem Grade, obwalten, kennt das Kirchengesetz nur ein einziges, überdies dispensables Verbot.

3) Wegen bürgerlicher — durch Adoption begründeter — Verwandtschaft verbietet unser Kirchengesetz nur die Ehe im ersten Grade der geraden Linie. Demnach muß man annehmen, daß Ehen mit der Tochter oder dem Sohne des Adoptivkindes, desgleichen mit dessen gewesenem Ehegatten, und andere dem ähnliche, ohne Weiteres, auch vor aufgehobener Adoption, zulässig seien. Wie sehr dadurch die Verbote des gemeinen Rechts [47]) beschränkt worden, liegt klar am Tage. Folgen wir auch hier unserem Gefühl, welches bei durchaus gleicher ratio auch juristisch sich rechtfertigen möchte, so werden wir bei allen Ehen in gerader Linie der bürgerlichen Verwandtschaft und Schwägerschaft die vorgängige Aufhebung der Adoption verlangen.

---

46) S. 314 fgg, 324 fg.

47) § 1, 2, 5, I. de nuptiis (I, 10). F. Walter's Kirchenrecht (7te Aufl.) § 305 u. 307. Eichhorn a. a. O. S. 419 fgg.

§ 18.

(Schluß.)

Es ist hier schließlich die Frage zu erörtern: ist die Ehe mit der zweiten Ehefrau des Vaters und umgekehrt mit dem zweiten Ehemann der Mutter für verboten anzusehen, wenn zwischen dem parens binubus und dessen zweitem Ehegatten erweislich kein Beischlaf stattgefunden? Dem Verfasser ist ein Fall bekannt, wo ein Wittwer, von seinem Sohne beauftragt, um ein junges Mädchen für ihn zu werben, an der Geliebten seines Sohnes so viel Beifall fand, daß er bei ihr für sich selbst ansprach, und sie auch in der That ehelichte. Gesetzt nun, er wäre unmittelbar nach der Trauung gestorben, so fragt es sich, ob sein Sohn seine Geliebte nunmehr zur Frau nehmen durfte? — Nach gemeinem Recht kann die Frage nicht streitig sein, weil es die Quasi-Affinität als Ehehinderniß anerkennt, und daher schon die Ehe mit der Braut des Vaters verbietet [48]). Dasselbe gilt meist auch von dem älteren Provincialrecht [49]). Der Budberg-Schrader'sche Landrechtsentwurf [50]) läßt aber schon von diesem Verbot eine Dispensation zu, wenn das verlobt gewesene Theil eidlich erhärtet, daß mit dem Verstorbenen keine fleischliche Vermischung erfolgt sei [51]). Wenn nun unsere neueste Gesetzgebung die Quasiaffinität gar nicht als Ehehinderniß anerkennt, dagegen aber schon durch jeden außerehelichen Beischlaf eine Schwägerschaft

---

48) § 9 I. tit. cit. und Walter l. c. § 307.
49) Vgl. oben S. 98, 111, 128.
50) B. II. Tit. 2 § 8.
51) S. oben S. 146.

begründen läßt, welche in gewissen Graden ein Ehehinderniß abgiebt[52]), so dürfte wohl daraus gefolgert werden, daß die Schwägerschaft, soll sie ein Ehehinderniß begründen, durch die copula carnalis entstanden sein müsse. Ist dies aber der Fall, so müßte auch die Ehe mit dem Stiefparens, mit welchem der leibliche erweislich nicht concumbirt, für erlaubt angesehen werden. Allein es läßt sich dagegen mit Grund einwenden, daß nach dem heutigen Recht — ohne Rücksicht darauf, ob Beischlaf unter den Ehegatten erfolgt sei oder nicht — die Wirkungen der Ehe gleich nach vollzogener Trauung beginnen[53]). Das neue Kirchengesetz bestimmt im § 109:

> „Die eheliche Verbindung wird als gültig und für beide Theile gleich bindend angesehen, sobald die Trauhandlung vollzogen ist."

Wenn es nun im § 73 heißt:

> „In allen diesen Graden sind die Ehen zwischen Personen, die in einer aus rechtmäßiger Ehe oder

---

52) Kirchengesetz § 73 a. E. und oben S. 312 und 320.

53) Die Wirkungen der Ehe auf die ehelichen Güterrechte fingen nach dem älteren Provincialrecht, wie überhaupt nach dem älteren Deutschen Recht, wohl immer erst mit der conscensio thalami an, und auch noch heut zu Tage gilt dies von den ehelichen Güterrechten des geistlichen Standes in Liv- und Esthland, da das schwedische Stadtrecht (Cap. 6 pr. § 1, 2, 3, u. Cap. 8 von Ehesachen), nach welchem diese Güterrechte beurtheilt werden, solches ausdrücklich vorschreibt (v. Bunge's Privatrecht § 272). Allein was vom Beginn der Güterrechte gilt, kann nicht auch auf andere Verhältnisse ausgedehnt werden; und nach der heutigen Praxis ist es unbestritten, daß in allen, kirchlichen wie bürgerlichen Beziehungen, die Wirkungen der Ehe schon mit der priesterlichen Einsegnung beginnen.

aus unehelicher Verbindung entstandenen — Affinität stehen, gleich verboten," —

so ergiebt sich aus dieser Alternative deutlich, daß die rechtmäßige Ehe als solche, d. i. wenn sie nur durch Trauung vollständig vollzogen ist, Schwägerschaft, und mithin diese ein Ehehinderniß begründet.

Anhang.

Zu dem geschichtlichen Theile der vorstehenden Abhandlung müssen, der Vollständigkeit wegen, noch einige Nachträge aus Quellen gegeben werden, auf die der Verfasser erst später aufmerksam geworden, oder die ihm erst später zugänglich wurden.

I. Zu S. 97 und 98.

Die hier angeführten Rigischen Provincialstatuten sind nur ein Auszug aus den eigentlichen, im J. 1428 abgefaßten Statuten. Beide sind abgedruckt in H. F. Jacobson's Geschichte der Quellen des Catholischen Kirchenrechts der Provinzen Preußen und Posen. Königsb. 1837. 8., und zwar letztere S. 20—59, erstere S. 59—72 des Urkundenanhangs. Nach der bei Jacobson gemachten Eintheilung findet sich die in den Anm. 2 u. 3 angeführte Stelle im Tit. 32 der Statuten (S. 43 u. 44) und im Tit. 24 des Auszuges (S. 66 u. 67); die in der Anm. 6 citirte im Tit. 34 der Statuten (S. 45.) und im Tit. 26 des Auszuges (S. 67). Der Sache nach enthalten übrigens die eigentlichen Statuten in den betreffenden Stellen nicht mehr, als der Auszug.

II. Zu S. 100. Anm. 10.

Vergl. auch das Mandat des Herrmeisters Heinrich von Galen vom Montag nach Judica 1554 im Inland Jahrg. 1841. Nr. 9. Sp. 134 fgg.

III. Zu S. 105. Anm. 7.

Zwei andere dem Curländischen Provincialmuseum gehörige Abschriften des Derschau'schen Landrechts, die der Verf. jetzt vergleichen konnte, enthalten über die Verbote in der Seitenlinie der Schwägerschaft nicht mehr, als der von uns früher benutzte Text. Die eine dieser Abschriften enthält einen saubern, correct geschriebenen Text; in der anderen dagegen finden sich manche Abweichungen, welche aber offenbar der Flüchtigkeit des Abschreibers beizumessen sind.

IV. Zu S. 107.

Nach einer Mittheilung des Hrn. Hofgerichtsadvocaten C. Neumann in Mitau ist in einer zu Mitau, bei J. F. Steffenhagen, im J. 1785 gedruckten Ausgabe des Entwurfs der Kirchenordnung vom J. 1754, die in unserer Abschrift enthaltene Lücke in der That ausgefüllt, und zwar in folgender Weise:

„1) Es sind also alle Ehen verboten zwischen Aeltern und Kindern in infinitum, und zwischen Schwestern und Brüdern. 2) Es soll niemand heyrathen seiner Aeltern, Großältern und Vorgroßältern Geschwister, noch folglich, welches einerley ist, seiner Geschwister Kinder, Groß- oder Aelterkinder. 3) Ferner sollen

auch zweyer Schwester- oder Brüder Kinder sich nicht heyrathen. Und ist in allen obbesagten Fällen einerley, ob die Verwandschaft von ganzen leiblichen, oder Halbgeschwistern entstanden. Nicht minder bleibt dieses Verbot, wenn gleich aus einer unehelichen Verbindung die Verwandschaft entsprungen wäre. 4) Alle Heyrathen zwischen Stiefältern und Stiefkindern sind gleichfalls in infinitum verboten. Wohl aber hat die Heyrath Statt mit der Stiefältern Aeltern, Kindern und Geschwistern. 5) Niemand soll heyrathen seines verstorbenen Ehegatten Bruder oder Schwester, noch deren Kinder, Groß- und Aelterkinder, und folglich auch, welches einerley ist, nicht die Geschwister von seines verstorbenen Ehegatten Aeltern, Groß- oder Vorgroßältern. Imgleichen nicht die, so mit dem verstorbenen Ehegatten Bruder- oder Schwesterkinder gewesen. 6) Ferner sind auch in secundo gradu affinitatis, in auf- und niedersteigender Linie, die Ehen verboten, als nehmlich: mit des Stiefvaters oder Stiefsohns Wittwe, und in der Seitenlinie haben auch keine Ehen statt mit des verstorbenen Ehegatten Bruder oder Schwester Wittwe, oder Wittwer. 7) Endlich hat auch, wenn ein paar Personen sich öffentlich verlobt haben, und eine derselben, als Braut oder Bräutigam mit Tode abginge, das überlebende Theil nicht das Recht, des verstorbenen Aeltern oder Geschwister wieder zu heyrathen. 8) Wenn aber in einem oder andern Falle die Landesherrschaft einen casum dispensable findet, und eine Dispensation

zur Heyrath ertheilet, leiden sodann diese Verbote ihren Abfall."

Auch hier werden die Verbote des Mosaischen Rechts, auf das die Kirchenordnung sich im Eingange zu diesen Bestimmungen beruft (S. oben S. 107), gar sehr überschritten, wiewohl sie, nicht ohne Umsicht, schon manche Beschränkungen im Vergleich zu den früheren, namentlich im Derschau'schen Landrecht aufgestellten Ansichten enthalten. Auffallend ist übrigens die Weglassung des Verbots der Ehe zwischen Schwiegerältern und Schwiegerkindern.

XII.

Hat nach Livländischem Landrecht der Locator ein Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des Miethers?

Von C. O. v. Madai.

Mein verehrter Mitherausgeber dieser Erörterungen, legt in seiner gediegenen Darstellung des Liv- und Esthländischen Privatrechts dem Hauseigenthümer, nach Livländischem Landrecht ein stillschweigendes Pfandrecht an dem gesammten Vermögen des Miethers wegen rückständiger Hausheuer bei [1]), und meint, daß dasselbe als ein subsidiäres neben dem gemeinrechtlichen Pfandrecht an

1) v. Bunge, das Liv- und Esthländische Privatrecht. Dorpat 1838. B. II. § 165. II. B. 4.

den invectis et illatis zur Anwendung komme [2]): wichtig allerdings für den Fall, daß die invecta und illata zur Befriedigung des Vermiethers nicht hinreichen. Wenngleich nun das eigene Interesse mir eigentlich gebieten sollte, diese Ansicht utiliter zu acceptiren, so opfere ich dasselbe doch billig der Wahrheit auf, und trage kein Bedenken, meinem geehrten Freunde, als meinem Miethsmanne, Waffen gegen mich selbst in die Hand zu geben.

Herr v. Bunge stützt a. a. O. die Behauptung eines generellen Pfandrechts des Vermiethers auf eine Stelle der bekannten Note e p. 140 [3]) des Landlag und die daselbst citirten Quellen [4]) dieser Bestimmung. Die hieher gehörenden Worte derselben lauten also:

> Hernach kommen die, welche sonst ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb haben, entweder durch eine Verschreibung, die inprotocolliret worden, oder durch Besitz und Innhabung des Pfandes, oder auch sonsten durch Verfügung der Rechte (ex dispositione legis) zum Exempel:
>
> 4to. Schulden die von Schiff- und Hauß-Heure herrühren.

Das hierin die Anerkennung eines dem Vermiether zustehenden Pfandrechts liege, ist außer Zweifel; desto unge-

---

2) v. Bunge ebendas. § 165. Note p.

3) Vgl. über dieselbe v. Bunge „die Classen der Concursgläubiger nach Livländischem Landrecht" — in den Erörterungen Bd. I. Abhdlg. II. § 4.

4) Diese, auf die v. Bunge a. a O. sich vorzugsweise beruft, sind Cap. 16 (nicht 19) vom Rathstubenproceß St. L. und Urtheil des Schwedischen Hofgerichts vom 16. Mai 1691. Ueber das erstere wird weiterhin ausführlicher die Rede sein.

wisser aber dessen Umfang. Die Worte „ein Pfandrecht an des Debitoris Eigenthumb" sind jedenfalls zweideutig. Es kann damit ein Pfandrecht an des Schuldners gesammtem Vermögen, aber eben so wohl ein Pfandrecht an einzelnen dem Debitor eigenthümlich zugehörenden Sachen, z. B. den Illaten, m. a. W. sowohl ein generelles, als ein specielles Pfandrecht gemeint sein. Herr v. Bunge nimmt das Erstere an, und daß für diese Ansicht gewichtige Gründe sich anführen lassen, ist nicht zu verkennen. Vor Allem

1) die Stellung, die überhaupt in der Concursordnung der Note e den Schulden so „aus Hauß-Heure herrühren" angewiesen wird. Ueberzeugend hat v. Bunge dargethan [5]), daß die in der Note e aufgestellte Classification der Gläubiger im Ganzen mit der gemeinrechtlichen übereinstimmt. Danach gehören in die erste Classe die sog. absolut privilegirten Gläubiger, in die zweite diejenigen, welche „privilegirte Pfandrechte haben, jedoch ein jedweder in seinem Pfande", in die dritte die, „welche sonst ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb" haben u. s. f. Vergleicht man nun diese 2te und 3te Classe mit einander, so kann allerdings der characteristische Unterschied der ersteren darin gesucht werden, daß deren Mitglieder ein zwar privilegirtes, doch immer nur specielles Pfandrecht haben (die Note e sagt „jedoch ein jedweder in seinem Pfande"), und im Gegensatz dazu würden dann die die dritte Classe

5) v. Bunge, die Classen der Concursgläubiger 2c. a. a. O. § 4. S. 44 ff.

characterisirenden Worte „ein Pfandrecht in der Debitoris Eigenthumb" von einem generellen Pfandrecht verstanden werden müssen. Dies vorausgesetzt, würde die Behauptung eines gesetzlichen generellen Pfandrechts des Vermiethers allerdings gerechtfertigt sein, da die „Schulden aus Hauß-Heure" ausdrücklich als ein Beispiel der zu der dritten Classe gehörenden Forderungen in der Note e angeführt werden. Für ein solches generelles Pfandrecht spricht aber auch noch

2) die Zusammenstellung der Schiffs- und Hauß-Heure. Der Forderung auf Schiffs-Heure, wird nämlich schon ein privilegirtes specielles Pfandrecht in der 2ten Classe, und zwar an der „in dem Schiffe noch übrig gebliebenen Ladung" zugestanden. Die Wiederholung eben dieser Forderung in der dritten Classe, kann demnach allerdings auf ein generelles Pfandrecht (nämlich für den Fall, daß die Schiffsladung die Forderung nicht hinreichend decken sollte) gedeutet werden. Was aber von der Schiffs-Heure, muß dann auch von der mit ihr in unmittelbarer Verbindung genannten Hauß-Heure gelten.

Wenngleich ich nun das Gewicht, das diese Gründe an und für sich haben, nicht in Abrede stelle, glaube ich doch, daß dieselben der Annahme eines entgegengesetzten Resultates nicht im Wege stehen. Man kann nämlich 1) den Gegensatz der oben angegebenen zweiten und dritten Concursclasse der Note e auch darin suchen, daß die erstere zwar die privilegirten speciellen Pfandrechte, die letztere aber alle übrigen nicht privilegirten, also sowohl generellen als speciellen Pfandrechte (nicht

bloß die generellen, wie in der obigen Argumentation vorausgesetzt worden) umfasse. Die Richtigkeit dieser Annahme ergiebt sich namentlich daraus, daß in der Note e als Beispiel für die von v. Bunge so bezeichnete dritte Classe folgender Fall angeführt wird:

> 9) Thut auch jemand einen Vorschuß, zu Betreibung eines Bergwerkes, so hafftet auch das Bergwerk (Brůk) selbst dafür.

Offenbar haben wir es hier mit einem gesetzlich speciellen, nicht generellen, Pfandrecht zu thun, und dieselbe Bewandtniß dürfte es mit dem unmittelbar vorangehenden unter Nr. 8 erwähnten Fall haben. Somit fällt der eine Stützpunkt der obigen Ansicht weg, daß ein generelles Pfandrecht des Vermiethers schon deshalb angenommen werden müsse, weil „die Schulden aus Haußheure" in einer Concursclasse erwähnt worden, die lediglich generelle Pfandrechte enthalte. Nicht minder läßt auch die gleichzeitige Erwähnung und Nebeneinanderstellung der Schiffs- und Hauß-Heure eine anderweitige, als die oben angeführte Erklärung zu, auf die wir gleich weiterhin zurückkommen werden.

Wir gingen davon aus, daß der Sinn der Worte „ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb" zweifelhaft sei, sowohl von einem generellen als speciellen Pfandrecht verstanden werden könne. Ohnstreitig die geeignetste Art der Aufhellung ist das Zurückgehen auf die Quelle, aus welcher der Urheber der an sich dunkeln Aeußerung geschöpft. Dies ist uns nun in dem vorliegenden Falle glücklicher Weise möglich. Die von unserer Livländischen Praxis recipirte Note e p. 141 LL. ist bekanntlich ver-

faßt von Peter Abrahamson, der die darin aufgestellte Gläubigerordnung aus den einzelnen zu seiner Zeit geltenden Bestimmungen des Schwedischen Rechts zusammenstellte, mit jederzeitiger Angabe des Ortes, woher er sie entlehnt. Peter Abrahamson nun citirt zu unserer Stelle „Schulden die von Schiffs- und Hauß-Heure herrühren" das Cap. 16 [6]) von Rath-Stuben-Prozeß. Daselbst aber heißt es [7]):

---

6) In der Möller'schen Ausgabe des Schwedischen Land- und Stadtrechts steht durch ein offenbares Versehen Cap. 19, das sich dann auch auf Herrn v. Samson's Institutionen des Livländischen Prozesses, Riga 1824, Th. II. § 1356. S. 134, Note i vererbt hat. Dieser letztere Schriftsteller leitet übrigens a. a. O. aus dem irrig citirten Cap. 19 vom Rathstubenproceß St. L., und zwar in Uebereinstimmnng mit L. 4 D. de pactis. L. 2. 4. 5. 6. C. in quibus caussis pignus tac. contrah. und L. 2 D. eod. das gesetzliche Pfandrecht des Vermiethers „in dem eingebrachten Mobiliar des Miethmannes, rücksichtlich des Miethzinses" ab. Eigene Ansicht des citirten Cap. 19, oder richtiger Cap. 16, würde den Herrn Verfasser überzeugt haben, daß in demselben keineswegs von jenem gemeinrechtlichen Pfandrecht an den Illaten, vielmehr von einem eigentlichen in Folge Richterspruch dem Vermiether von dem Miether einzuräumenden Pfandrecht die Rede ist. Wie wenig zuverlässig überhaupt die Citate des Herrn v. Samson, beweist auch hier die Anführung der L. 2. 4. 5. u. 6 Codicis in quibus c. p. t. contr. statt 2. 4. 5. u. 6 Digestorum eiusd. tit. Man könnte die Schuld vielleicht auf einen Druckfehler schieben; allein unglücklicher Weise steht hinter den genannten Stellen noch die L. 4 π. eiusd. tit. Wahrscheinlich schöpfte der Herr Verfasser seine Citate aus v. Buddenbrock's Sammlung der Gesetze B. II. S. 1043. Lit. c, Note 6, wo sich dieselbe Verwechselung der genannten Digesten und Coderstellen findet.

7) Das Schwedische Stadtrecht, herausgegeben von Möller. Frankfurth und Leipzig. 1709. S. 210.

Cap. 16 § 1. „Geschichts etwa, daß einer bei dem andern zu Tische gegangen, und über ihn, wegen nicht erlegten Kostgeldes geklagt wird, so soll ihm ebenfals durch Richterlichen Spruch aufferleget werden, solches denselben Tag, da die Klage vor Gericht kombt, entweder mit Gelde oder Pfand zu vergnügen; Mit baarem Gelde, Hauß-Heure, Schiffs-Fracht, und verdienten Lohn, sey ein gleiches Recht."

Auch hier also finden wir zuvörderst die Gleichstellung der Hauß-Heure, Schiffs-Fracht und Schuld wegen Kost-Haltung, wie in der Note e. Die diesen Forderungen gewährte Sicherstellung besteht darin, daß, falls der Schuldner nicht bezahlt und verklagt wird, der Richter ihn condemnirt, den Gläubiger sofort „entweder mit Gelde oder Pfand zu vergnügen", d. h. im Fall der Nichtzahlung ihm durch ein Pfand Sicherheit zu gewähren. Nicht also ein generelles, sondern ein specielles Pfand ist hier gemeint. Citirt nun Abrahamson ausdrücklich in der Note e diese Verordnung, so kann auch er nur an ein solches specielles, nicht generelles Pfandrecht gedacht haben, und somit gehören in dem Sinne Abrahamson's die Schulden, so aus Schiffs- und Hauß-Heure herrühren, in die von v. Bunge a. a. O. so bezeichnete dritte Classe derer, die

> sonst ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb haben, — — — durch Besitz und Innhabung des Pfandes.

Sehr leicht erklärt sich nun auch die zwiefache Sicherstellung der Schiffs-Heure. In der Note e wird unter denen, die „privilegirte Pfandrechte in Händen haben,

jedoch ein jeweder in seinem Pfande" unter andern auch aufgezählt:

3) der die Schiffs-Heure, aus der in dem Schiffe noch übrig gebliebenen Ladung fordert.

Abrahamson citirt dazu: Cap. 14 § 4 von Schiffs-Heure im Seerechte, woselbst es heißt [8]):

„Doch soll kein Schiffer schuldig seyn, von dem eingeschifften Gute etwas folgen zu lassen, ehe er beydes für Fracht und allen andern Unkosten, so das Gut tragen muß, und verschossen ist, vergnüget sey; es wäre dann mit seinem guten Willen. Und da der Kaufmann ihn sonst nicht zufrieden stellet; so hat er Macht, von den einhabenden Gütern so viel zu nehmen, als nach Marktgang auf die Fracht laufen kann, und gibt er alsdann alles heraus, was übrig ist."

Ob das hierin ausgesprochene Retentions- und resp. Selbstbefriedigungsrecht des Schiffers im Sinne des Gesetzes wirklich als ein eigentliches Pfandrecht anzusehen sei, kann hier füglich dahin gestellt bleiben; jedenfalls betrachtete es Abrahamson so, und nahm es unter die privilegirten speciellen Pfandrechte auf. Sehr wohl kann nun neben demselben das erst in der dritten Classe erwähnte obige Pfandrecht des Schiffers bestehen, ja demselben von wesentlichem Nutzen sein, falls nämlich die noch vorhandene Schiffsladung zu seiner Befriedigung nicht hinreicht. Es unterscheiden sich aber das in der

8) Auswahl der wichtigsten Schwedischen Verordnungen. Reval bei Lindfors 1777. S. 633.

zweiten und dritten Classe angeführte Pfandrechte des Schiffers darin, daß, wenngleich beide ein pignus speciale sind, das erstere jedoch dem Schiffer schon ex lege zusteht und zugleich ein privilegirtes ist, während das zweite ihm erst in Folge richterlichen Urtheils eingeräumt werden muß, und zu den einfachen Pfandrechten gehört. In diesem Sinne nun erwähnte ich oben, daß in der Zusammenstellung der „Schulden, die von Schiffs- und Hauß-Heure herrühren" kein hinreichendes Argument für die Annahme eines generellen Pfandrechts des Vermiethers liege.

Fassen wir das Bisherige zusammen, so erhellt, daß auf Grundlage der Note e, wenigstens im Sinne ihres Verfassers, dem Vermiether ein stillschweigendes Pfandrecht an dem gesammten Vermögen seines Miethers nicht beigelegt werden könne; vielmehr nur ein Pfandrecht an der Sache, die ihm in Folge Richterspruchs von dem Miether als Sicherstellung für den Miethzins gegeben worden. Allerdings wäre es nun möglich, daß bei der in der Praxis erfolgten Reception der Note e des Landlag, die Worte „ein Pfandrecht in des Debitoris Eigenthumb" irrthümlich von einem gesetzlichen Pfandrecht an dem gesammten Vermögen gedeutet, und demgemäß ein generelles Pfandrecht auch dem Hauseigenthümer beigelegt worden. Indeß finden wir davon bei unseren schriftstellerischen Practikern keine Spur. v. Buddenbrock [9])

9) v. Buddenbrock, Sammlung der Gesetze Bd. II. Abth. 1. S. 1043. Lit. c ff.

sowohl, als Nielsen [10]) und v. Samson [11]) erwähnen nur das gemeinrechtliche pignus tacitum an den Illaten des Miethers, obschon sie nicht nur Gelegenheit hatten, auch jenes pignus generale, wenn ein solches von der Praxis anerkannt worden wäre, zu gedenken, sondern dasselbe nicht wohl bei der Classification der Gläubiger im Concurse mit Stillschweigen hätten übergehen können. Räume ich nun gleich gern ein, daß das sog. argumentum a silentio für sich allein nicht leicht einen ganz vollständigen Beweis liefert, so wird derselbe doch im vorliegenden Falle theils dadurch verstärkt, daß ein sei es absichtliches sei es nachlässiges Verschweigen hier durchaus nicht präsumirt werden kann, theils dadurch, daß es sich um die Geltung eines Rechtsatzes handelt, von dem ich dargethan zu haben glaube, daß er überhaupt nie existirt habe.

---

10) Nielsen, die Prozeßform in Liefland. Dorpat 1825. § 579.

11) v. Samson, Institutionen des Livländischen Prozesses. Th. II. § 1356.

XIII.

Hat der hypothecarische Gläubiger ein eventuelles Recht auf die Assecuranzgelder, zu deren Belauf das ihm verpfändete Haus versichert worden?

Von C. O. v. Madai.

Vorsichtige Gläubiger pflegen jederzeit von ihrem Schuldner zu verlangen, daß er das Haus, daran er ihnen eine Hypothek einräumt, gegen Feuersgefahr assecurire: ja sie lassen wohl bei den Zinszahlungen sich die Police präsentiren, um sich zu vergewissern, ob der Schuldner auch nicht etwa die Zahlung der jährlichen Prämie verabsäumt, und dadurch den Anspruch auf den Ersatz des etwa eintretenden Feuerschadens eingebüßt habe. Worin besteht nun die größere Sicherheit, die doch ohne Zweifel der Gläubiger dabei bezweckt? Liegt gleich die nächste Antwort darauf so sehr auf flacher Hand, daß die ganze Frage fast an das Gebiet der quaestio Domitiana zu streifen scheint, so wird doch ein näheres Eingehen auf dieselbe ergeben, daß dabei eine Vorstellung ins Spiel komme, die allerdings einer besonderen Prüfung nicht unwerth ist. Der nächste Vortheil, den der Gläubiger aus der Versicherung des ihm hypothecarisch verpfändeten Hauses zieht, ist der, daß, brennt das Haus ab, der Schuldner es mit dem von der Assecuranzgesellschaft erhaltenen Gelde wieder auf-

bauen kann, wodurch dann auch das erloschene Pfandrecht des Gläubigers wieder aufleben würde [1]). Indeß dieser Umstand allein gewährt dem Gläubiger durchaus keine vollständige Sicherheit. Dieselbe ist ja offenbar daran geknüpft, daß der Schuldner das abgebrannte Haus auch wirklich wieder aufbaut. Dazu aber kann ihn weder die Assecuranzcompagnie, noch der Gläubiger zwingen. Die erstere nicht, denn sie hat ja durch den Versicherungsvertrag nur die Verbindlichkeit übernommen, dem Schuldner den etwanigen unverschuldeten Feuerschaden zu ersetzen. Brennt also das Haus, sei es ganz oder theilweise, nieder, so hat sie bloß die durch Taxation oder Vertrag festgesetzte Entschädigungssumme auszuzahlen, ohne deren weitere Verwendung dem Schuldner vorschreiben zu können, denn mit seinem Eigenthume kann ja der Schuldner nach Belieben schalten. Eben so wenig aber kann der Gläubiger den Schuldner zwingen, das empfangene Geld gerade nur zum Wiederaufbau des Hauses zu benutzen. Denn mit welcher Klage will er, im Weigerungsfalle, denselben dazu anhalten? Die Klage aus dem Darlehnsvertrage geht

---

1) L. 29 § 2 D. de pignoribus (20, 1). Paulus: Domus, pignori data, exusta est, eamque aream emit Lucius Titius et exstruxit: quaesitum est de iure pignoris? Paulus respondit, pignoris persecutionem perseverare, et ideo ius soli superficiem secutam videri, id est cum iure pignoris, — — L. 35 D. eod. Labeo: Si insula, quam tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a debitore tuo restituta, idem in nova insula iuris habes. — L. 21 D. de pigner. act. (13, 7). Paulus: Domo pignori data, et area eius tenebitur: est enim pars eius; et contra ius soli sequetur aedificium.

nur auf Wiedererstattung der vorgestreckten Geldsumme, und aus dem contractus pigneratitius würde er ihn zwar wegen absichtlicher Deteriorirung der verpfändeten Sache [2]), so wie im Falle einer Eviction derselben [3]), nicht aber bei zufälligem Untergange und noch viel weniger auf Wiederherstellung belangen können. Eine passende Analogie bietet hier die Lehre vom Nießbrauch dar. Stürzt das Haus, daran Jemandem ein Nießbrauch zusteht, ein, so kann der Eigenthümer zum Wiederaufbau nicht gezwungen werden, wiewohl im Fall der Wiederherstellung des Gebäudes der Usufructus an demselben wieder auflebt [4]). Allerdings macht nun der Schuldner, der das für das niedergebrannte Haus von der Feuersocietät empfangene Geld nicht zu dessen Restituirung

---

2) L. 17 pr. D. ad leg. aquil. (9, 2). Ulpian: Si dominus servum suum occiderit, bonae fidei possessori, vel ei, qui pignori accepit, in factum actione tenebitur. — L. 27 D. de pignor. (20, 1). Marcellus: Servum, quem quis pignori dederit, ex levissima offensa vinxit — — — quid, si eum interfecisset aut eluscasset? Ubi quidem interfecisset, ad exhibendum tenetur: ubi autem eluscasset, quasi damni iniuriae dabimus actionem ad quantum interest, quod debilitando aut vinciendo, persecutionem pignoris exinanierit. — — Ulpianus notat: si ut creditori noceret, vinxit, tenebitur: si merentem, non tenebitur.

3) L. 32 D. de pigneratit. act. (13, 7). Marcian: Cum debitore, qui alienam rem pignori dedit, potest creditor contraria pigneratitia agere, etsi solvendo debitor sit. Cf. L. 9 pr., L. 16 § 1 D. eod.

4) L. 7 § 2 D. de usufructu (7, 1). Ulpian: Quoniam igitur omnis fructus rei ad eum (sc. usufructuarium) pertinet, reficere quoque eum aedes per arbitrum cogi, Celsus scribit libro 18 Digestorum. Hactenus tamen ut sarta tecta habeat, si qua tamen vetustate corruissent, neutrum cogi reficere, sed si heres refecerit, passurum fructuarium uti.

verwendet, sich einer Unredlichkeit gegen den Gläubiger schuldig, sofern er den Zweck, zu dem der letztere die Versicherung des Hauses gefordert, absichtlich vereitelt. Wollte man daher auch dem Gläubiger aus solchem Grunde eine actio de dolo zugestehen, so würde doch dadurch seine Lage nur wenig gebessert sein; denn die dingliche Sicherheit, um die es ihm, zumal einem betrüglichen und leichtsinnigen Schuldner gegenüber, vorzugsweise zu thun ist, hat er ja durch den Untergang des Hauses verloren, und der Erfolg der actio de dolo hängt von der sonstigen vielleicht zweifelhaften Solvenz des Schuldners ab. Zwar haftet die an dem niedergebrannten Gebäude bestellt gewesene Hypothek auch an dem Bauplatz; allein wie selten wird dessen Werth allein den Gläubiger sichern. Gesetzt nun aber auch endlich, daß baupolizeiliche Vorschriften (welcher Art z. B. die Bestimmungen des Römischen Rechts „ne urbs ruinis deformetur") den Schuldner wirklich nöthigten, an die Stelle des niedergebrannten Hauses ein neues zu errichten, so würde selbst dadurch dem Gläubiger eine vollständige und unbedigte Sicherheit nicht gewährt werden. Denn erstens kann ja der Schuldner statt des früheren werthvollen, z. B. massiven Gebäudes, ein ungleich kleineres, hölzernes aufführen; ja es steht dies meist um so sicherer zu erwarten, wenn, wie in der Regel der Fall, der Schuldner das frühere Haus nicht zu seinem vollen Werthe versichert hatte, und nun das neue Gebäude, dessen Werth vielleicht die Forderung des Gläubigers nicht deckt, mit der geringeren Assecuranzsumme aufführt. Und doch ist dies noch für den Gläu-

biger der günstigste Fall. Denn nimmt der Schuldner zum Wiederaufbau neue Summen auf, so werden diese durch eine gesetzliche [5]) und noch dazu privilegirte [6]) Hypothek an dem neuen Gebäude gesichert, gehen also der Hypothek des früheren Gläubigers unbedingt vor. So kann es leicht geschehen, daß eben dieser frühere Gläubiger nur mit einem kleinen Theil seiner Forderung gedeckt ist.

Wenn demnach die Versicherung eines Hauses dem hypothecarischen Gläubiger keineswegs den hohen Grad von Sicherheit gewährt, den man beim ersten Anblick anzunehmen geneigt ist, so scheint der gleichwohl so allgemein verbreitete Glaube daran noch auf einer andern, mehr oder weniger unbewußt zu Grunde liegenden Vorstellung, nämlich auf der Annahme beruhen, daß dem Gläubiger wohl ein unmittelbarer Anspruch auf die dem Schuldner von der Assecuranzcompagnie eventuell zugesicherte Endschädigungssumme zustehe, mit welcher er daher im Nothfall sich bezahlt machen könne. Ob nun ein derartiger Anspruch wirklich begründet, soll in den nachstehenden Zeilen untersucht werden. Man könnte

---

5) L. 1 D. in quibus causis pignus tacite contr. (20, 2). Papinian: Senatusconsulto, quod sub Marco Imperatore factum est, pignus insulae creditori datum, qui pecuniam ob restitutionem aedificii exstruendi mutuam dedit, ad eum quoque pertinebit, qui redemtori domino mandante nummos dedit.

6) L. 5 D. qui potiores in pign. (20, 4). Ulpian: Interdum posterior potior est priori: ut puta si in rem istam conservandam impensum est, quod sequens credidit: veluti si navis fuit obligata, et ad armandam eam vel reficiendam ego credidero. Vgl. auch L. 6 D. eod.

zu dessen Gunsten etwa in folgender Weise argumentiren.

1) Nach einer bekannten Regel des Römischen Rechts tritt der Kaufpreis einer Sache, bei deren Untergang an ihre Stelle: „res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum rei“ [7]). Daraus nun scheint zu folgen, daß, wenn das ursprüngliche Pfandobject vernichtet wird, das Pfandrecht auf dessen Surrogat von selbst übergeht, in unserm Falle also von dem abgebrannten Hause auf die Geldsumme, auf deren Betrag dasselbe versichert worden, indem ja diese letztere als ein Aequivalent für das Haus, als ein Surrogat desselben im Falle des Unterganges betrachtet werden kann. Ja es scheint

2) hier sogar eine stillschweigende Verpfändung jener Summe angenommen werden zu können. Indem nämlich der Schuldner auf das ausdrückliche Verlangen des Gläubigers, daß das Haus versichert werde, einging, substituirte er diesem eventuell die Assecuranzsumme als

---

7) Diese Regel ist abgeleitet aus dem Sctum Iuventianum unter Hadrian, über die Frage, was ein Erbschaftsbesitzer zu restituiren habe, vgl. L. 20 § 6, L. 22 u. L. 25 D. de hereditatis petitione. Danach ist der wirkliche Erbe berechtigt (nicht aber auch verpflichtet) von dem Besitzer der Erbschaft den Kaufpreis einer von diesem veräußerten Erbschaftssache, statt der Sache selbst, zu fordern, und in diesem Sinne heißt es „in locum hereditariae rei venditae pretium eius successisse, et quodammodo ipsum hereditarium factum.“ Wie beschränkt aber diese Regel bereits von den Römern zur Anwendung gebracht worden, geht schon daraus hervor, daß der Erbe, mit Ausnahme weniger Fälle, statt des Kaufpreises auch die veräußerte Erbschaftssache selbst von dem dritten Besitzer vindiciren kann.

eine dingliche Sicherheit. Als Beispiel solcher mittelbaren Verpfändung würde aus dem Römischen Recht sich die Verpfändung einer Schuldurkunde (pignus nominis) anführen lassen, deren mittelbarer Gegenstand ja doch auch die Summe ist, welche durch die Schuldurkunde repräsentirt wird.

3) Die Verpfändung einer Sache erstreckt sich jederzeit von selbst auch auf die mit derselben zusammenhängenden Gerechtsame, die gleichsam als eine besonders vortheilhafte Qualität der Hauptsache zu betrachten sind. Als eine derartige mit dem verpfändeten Hause auch verknüpfte vortheilhafte Eigenschaft läßt sich aber eng die durch den Assecuranzvertrag gewonnene Sicherstellung desselben gegen zufälligen Untergang ansehen. So wie nun der hypothecarische Gläubiger unzweifelhaft einen pfandrechtlichen Anspruch auf die dem Hause etwa zuständigen sonstigen Gerechtsame, z. B. Servituten, erlangt, so auch auf die das Haus betreffenden Anrechte gegen die Assecuranzcompagnie.

So scheinbar indeß diese Argumente beim ersten Anblick sein mögen, so wenig haltbar sind sie, wie sich aus einer näheren Prüfung ergeben wird.

Ad 1) Die Anwendung der so oft mißbrauchten Regel „res succedit in locum pretii et pretium succedit in locum rei“ auf unsern Fall ist durchaus unstatthaft. Wenn dieselbe nicht einmal überall bei sog. universitates iuris eintritt, wie Mühlenbruch mit überzeugenden Gründen dargethan hat [8]), so kann noch viel weniger von

8) Mühlenbruch über die sog. iuris et facti universitates im Archiv f. civ. Praxis XVII. 21.

ihr die Rede sein bei einzelnen Sachen, die für sich, d. h. nicht gerade als integrirender Theil eines gesammten Vermögens in Betracht kommen. Dies läßt sich leicht erweisen aus den durchaus unrichtigen Resultaten, zu denen die Anwendung der Rechtsregel auf einzelne Sachen nothwendig führen würde. Verkauft z. B. der Schuldner sein mit Hypotheken belastetes Haus, so müßten nach dem Grundsatze pretium succedit in locum rei, die Pfandrechte unzweifelhaft auf den Kaufpreis übergehen, und doch haften sie bekanntlich gerade umgekehrt an dem verkauften Hause. Man wird gegen die Zulässigkeit dieser Folgerung vielleicht einwenden, daß die Regel pretium succedit rc. nur bei physischem Untergang der Sache, nicht bei deren Veräußerung, eintrete. Allein das Gegentheil erhellt deutlich aus L. 20 § 17 D. de hereditatis petitione (5, 3). Hierin sagt **Ulpian** ausdrücklich, der unberechtigte Erbschaftsbesitzer müsse, wenn er eine zur Erbschaft gehörige Sache **veräußert** habe, deren pretium ersetzen. Das pretium tritt also hier auch an die Stelle der **veräußerten** Sache, und somit würde die Beschränkung der Regel, da wo sie überhaupt einmal anwendbar ist, auf den Fall des physischen Unterganges durchaus unrichtig und willkürlich sein. Eine fernere unvermeidliche Consequenz aus der Zulassung unserer Rechtsregel auf einzelne Sachen würde sein, daß der Eigenthümer, dessen Sache ohne sein Wissen von einem Dritten veräußert worden, sich mit dem Kaufgelde, als dem Surrogat seiner Sache begnügen müßte, während ihm doch die rei vindicatio gegen jeden dritten Besitzer zusteht. Wenn demnach die Ausdehnung

und Anwendung des Rechtssatzes „pretium succedit in locum rei“ auf einzelne Sachen, die als solche Gegenstand eines Rechtsverhältnisses sind, entschieden falsch und unzulässig ist, so fällt damit eine Hauptstütze der obigen zu Gunsten des hypothecarischen Gläubigers angeführten Argumentation. Nicht minder unhaltbar ist

2) die Ansicht, daß in der Verpfändung des Hauses zugleich eine stillschweigende Verpfändung der Summe, zu deren Betrag das Haus versichert worden, liege, indem der Schuldner, der auf das derartige Verlangen des Gläubigers eingegangen, diesem die Assecuranzsumme gleichsam stillschweigend als eine dingliche Sicherheit, für den Fall des Unterganges des Hauses, substituirt habe. Zuvörderst würde man dies wenigstens nicht aus einer muthmaßlichen Absicht der Parteien herleiten können. Der Schuldner will durch die Assecurirung offenbar sich eine Summe sichern, mit der er das abgebrannte Gebäude wieder aufzubauen im Stande ist. Sich selbst also will er die Disposition über jene Geldsumme, so wie deren zweckgemäße Verwendung vorbehalten, keineswegs aber dem Gläubiger damit eine unmittelbare Sicherheit stellen, die, wäre der Gläubiger befugt, ohne Weiteres die vertragsmäßig stipulirte Entschädigungssumme von der Assecuranzcompagnie zu seiner eigenen Befriedigung einzuklagen, geradezu dem bei der Versicherung des Hauses beabsichtigten Zweck widersprechen würde. Eben so wenig kann hier die Analogie der Verpfändung einer Schuldurkunde, als mittelbare Verpfändung der Geldsumme, auf die das Document lautet, in Betracht kommen, denn in solchem Falle ist ja gleich Anfangs der Inhalt der

Urkunde einzig und allein, nicht aber die tabulae instrumenti, Gegenstand des Pfandrechts.[9]) Daß endlich von einem stillschweigenden Pfandrechte des Gläubigers an der Assecuranzsumme, im engeren Sinne, d. h. von einem in Folge gesetzlicher Bestimmmung ipso iure eintretenden Pfandrechte nach gemeinem Rechte nicht die Rede sein könne, bedarf kaum der Erwähnung.

Ad 3) Der dritten der obigen Argumentationen liegt eine handgreifliche Verwechselung der dinglichen und persönlichen Rechte zum Grunde. Allerdings erstreckt sich das Pfandrecht, das an einer Sache eingeräumt worden, auch auf deren Accessionen und Pertinenzstücke, so wie die ihr etwa zustehenden dinglichen Rechte. So lehrt Julian[10]): „ei, qui fundum pignori accepit, non est iniquum utilem petitionem servitutis dari, sicut ipsius fundi utilis petitio datur", d. h. der Pfandgläubiger kann auch die Servitut, als Zubehör des ihm verpfändeten Grundstücks, in Anspruch nehmen: ja selbst dann noch, wenn auch dieselbe, wie z. B. der Nießbrauch, zur Zeit der Verpfändung zwar von dem verpfändeten Grundstück getrennt gewesen, späterhin aber an dasselbe zurückfällt. „Si nuda proprietas pignori data sit, sagt Paulus[11]), ususfructus, qui postea accreverit, pignori erit; eadem caussa est alluvionis." Eben so verhält es sich in Betreff der nach der Verpfändung hinzugetre-

---

9) L. 2. C. quae res pignori. Vgl. Sintenis' Handbuch des Pfandrechts 1836. S. 137 ff.

10) L. 16 D. de servitutibus (6, 1).

11) L. 18 § 1 D. de pigneratit. act. (13, 7).

tenen Accessionen: z. B. Alluvionen, so wie wenn hinterher auf dem verpfändeten Grundstücke ein Gebäude errichtet worden ist, denn auch dieses wird, nach dem Zeugniß des Paulus[12]), mit von dem Pfandrecht ergriffen. Allein in all diesen Fällen liegt die Erweiterung und Ausdehnung des Pfandrechts auf die zu dem ursprünglichen Pfandobject hinzutretenden Accessionen und Gerechtsame, in deren inniger Verschmelzung mit dem Pfandobjecte selbst. Die dem verpfändeten Grundstücke zustehende Servitut gilt nur als ein Theil, und eine Erweiterung desselben ganz wie die Alluvion; der an das verpfändete Grundstück zurückfallende Nießbrauch geht per consolidationem unter, und das auf das Grundstück errichtete Gebäude wird eben so wie der Baum, die Pflanze, die Wurzel geschlagen, zum pars fundi. Hier ist also in der That eine Sonderung des Pfandrechts an dem ursprünglichen Pfandobject und dessen allmäligen Erweiterungen nicht möglich: sie fließen, wie die Gegenstände selbst, in einander über. Ganz anders verhält es sich mit obligatorischen Ansprüchen und Rechten, die der Verpfänder in Bezug auf die verpfändete Sache, sei es gleich Anfangs besaß, oder erst nach der Verpfändung erwarb. Diese stehen mit dem Pfandobject nicht unmittelbar, sondern nur durch die Person des Verpfänders, dem sie zustehen, in Verbindung. So z. B. der Anspruch, den derselbe wegen Eviction der verpfändeten Sache gegen seinen Auctor hat. Rechte dieser Art haften daher natürlich an der Person des Verpfän-

12) L. 21 D. eod. Vgl. oben Note 1.

ders, gehen also auch nicht ohne Weiteres durch die Verpfändung der Sache auf den Pfandgläubiger über. Zu welcher Classe von Rechten nun der Anspruch auf die Versicherungssumme gehöre, ob zu den oben erwähnten dinglichen, oder den zuletzt geschilderten persönlichen, kann kaum zweifelhaft sein. Das Recht, das der Verpfänder des Hauses durch Abschließung eines Assecuranzvertrages gewinnt, ist offenbar ein rein persönliches Forderungsrecht gegen die Assecuranzcompagnie, das mit dem Eigenthumsrecht gar nichts zu schaffen hat. Beide Rechte müssen daher auch streng aus einander gehalten werden, und können sehr wohl verschiedenen Personen zustehen. So z. B. A. versichert das Haus seines Freundes, oder B. giebt seinem Gläubiger an dem Hause des A. mit des Letzteren Bewilligung eine Hypothek, muß aber auf Verlangen des Gläubigers das fremde Haus zuvor versichern. Sind aber das Eigenthumsrecht und das Recht auf die Versicherungssumme an sich ganz verschiedene Rechte, so folgt, daß Dispositionen über das eine derselben auf das andere ohne allen Einfluß bleiben; Uebertragung des Eigenthumsrechtes wird also nicht ohne Weiteres auch die Uebertragung des eventuellen persönlichen Forderungsrechtes gegen die Assecuranzcompagnie in sich schließen. Wenn nun aber dieser letztere Anspruch nicht einmal auf den Käufer des Hauses übergeht, so eben so wenig auf den Pfandgläubiger. Es folgt dies mit Nothwendigkeit aus der Natur der Forderungsrechte, die ja nur durch einen besondern Act, die Cession, auf Andere, von den ursprünglichen Vertragscontrahenten, übertragen werden können. Schon hieraus

also würde sich ergeben, daß der Pfandgläubiger an und für sich einen Anspruch auf die Versicherungssumme nicht habe. Zu demselben Resultate führt aber noch eine zweite verwandte Betrachtung. Die Verbindlichkeit der Feuersocietät zum eventuellen Schadensersatz, entspringt aus dem Versicherungsvertrage. Nur von dem Versicherer also oder dessen Mandatar kann die Assecuranzcompagnie belangt werden. Es fehlt mithin dem Pfandgläubiger an einer Klage, mit der er gegen die Feuersocietät auftreten könnte. Mit der Klage aus dem Versicherungsvertrage nicht, denn diese müßte ihm erst besonders cedirt werden; und eben so wenig mit einer hypothecaria actio, denn dazu müßte er die Existenz eines ihm an der Versicherungssumme zuständigen Pfandrechtes nachweisen, was nach dem Obigen unmöglich. Fehlt aber dem Pfandgläubiger die Klage, so fällt damit jeder Anspruch auf die Versicherungssumme hinweg. Will er sich einen solchen sichern, so muß er sich von dem Schuldner die Police cediren lassen, damit er eventuell als Cessionar gegen die Assecuranzcompagnie auf Auszahlung der Assecuranzsumme klagen und diese zu seiner Befriedigung verwenden könne.

Mit den obigen Ausführungen stimmen, dem Resultate nach, auch unsre neueren Assecuranzordnungen überein. Unter diesen hebe ich nur eine uns besonders näher angehende hervor. Die im J. 1827 Allerhöchst bestätigte Russische Feuerassecuranzcompagnie gestattet ausdrücklich Indossos auf Policen zu Gunsten des hypothecarischen Gläubigers. In einem an ihren Dorpater Agenten gerichteten Schreiben, de dato 29. Dcbr. 1836, drückt sich

diese Assecuranzcompagnie in folgender Weise darüber aus:

„Inliegend übersenden wir Ihnen ein Schema, wie künftig die Indossos auf Policen lauten sollen, durch die ein Darlehn auf die versicherten Gegenstände angemerkt wird, welches Sie vorkommenden Falls zur Richtschnur nehmen wollen.

Schema:

Da der Besitzer dieser Police, Herr A..., nach seiner Anzeige, von Herrn B... ein Darlehn von .... R. B. Assign. erhalten hat, so wird hiemit angemerkt, daß benannter Betrag, aus der in dieser Police versicherten Summe von .... R. B. Assign., dem Darlehner, Herrn B..., als hypothecarische Sicherheit gelten soll.

Im Fall eines Brandschadens an den versicherten Gegenständen sind aber sowohl die Beweisführungen, als alle erforderlichen Documente, die hinlänglich befunden werden müssen, durch den Herrn A..., als Versicherten, beizubringen, und alle laut Statut bei einem Brande erforderlichen Bedingungen zu erfüllen, die das Recht geben, einen Schadenersatz von der Compagnie zu bekommen.

XIV.

Ueber die Rechtswohlthat der neuen Aus- und Beweisführung, mit besonderer Beziehung auf die in Livland geltenden Rechte.

Nachtrag zu dem in diesem Bande pag. 1—66 enthaltenen Aufsatze,

von dem Herrn Stadtsyndicus C. H. Zimmerberg in Dorpat.

S. 59 dieses Bandes der Erörterungen ist in Betreff der Zulässigkeit der Beweisführung in der Appellationsinstanz der im Livländischen Hofgerichte übliche Gerichtsbrauch angegeben worden, und konnten als Beweis dafür nur die Paragraphen 686—689 incl. der Institutionen des Livländischen Prozesses des Herrn Landraths und Ritters Samson von Himmelstiern angeführt werden. Gegenwärtig sind wir im Stande folgendes gütigst mitgetheilte Präjudicat, welches als ein Erkenntniß der höchsten Gerichtsinstanz dieser Provinz von ganz besonderem practischen Interesse ist, den Lesern dieser Erörterungen als einen Beleg des hofgerichtlichen Gerichtsbrauchs vorzulegen:

„Auf Befehl Sr. Kaiserlichen Majestät des Selbstherrschers aller Reußen 2c. 2c. eröffnet das Livl. Hofgericht in Appellationssachen des Vicenti O. und dessen Ehefrau Maria, appellantium, entgegen und wider den Herrn Gawrila U., appellatum, des Rigaschen Land-

gerichts in peto. iniuriarum getroffenes Protocoll-Erkenntniß vom 18. Sept. 1839 anlangend, auf die in der Appellations-Refutation eingelegte Protestation appellati wider die von Appellanten intendirte Beweisführung, nach darauf ad factam communicationem erfolgter Intercalar-Erklärung der Appellanten, auf Vortrag der Acten folgenden

Bescheid:

„daß, würde appellans Vicenti D. innerhalb drei Wochen a dato, sub poena deserti iuramenti, hieselbst acta corporali eidlich erhärten: daß einestheils ihm die Beweismittel, welche er in dieser Instanz vorzubringen beabsichtigt, während der Verhandlung bei dem Landgerichte nicht bekannt gewesen, anderntheils er erst nach Aburtheilung dieser Sache bei dem Landgerichte von der Wichtigkeit seiner neuen Beweismittel Kenntniß erlangt habe, — appellantibus die Beweisführung in hac instantia zu concediren, und dazu hiedurch eine dreiwöchentliche Frist a dato der Eidesleistung sub poena amissionis beneficii anzuberaumen, in Entstehung der Eidesleistung aber Appellanten mit der Bitte um solche Beweisführung ab-, und dahin anzuweisen seien, innerhalb zehn Tagen a dato des deferirten Eides bei Pön von 28 R. S. M. das Replikverfahren eingängig zu machen. Compensatis expensis.“ V. R. W.

„— Die appellantischen Eheleute klagten beim Landgerichte wider ihren Miethmann, appellantischen Herrn U., über schwere Beleidigung, wogegen Letzterer gleiche

Gegenklage anstellte, ferner in der Verhandlung die Appellanten erklärten, außer einem beigebrachten ärztlichen Atteſtate, anderweiten Beweis zu führen nicht im Stande zu sein, da der geklagte Act im Zimmer ohne Gegenwart von Zeugen vorgefallen, sodann Appellat seinerseits Zeugenbeweis führte, und das Landgericht unter dem 18. Septbr. 1839 statuirte: daß wenn Appellantin die Mißhandlung eidlich erhärten würde, Appellat ihr 50 R. B. Schmerzengeld und pro satisfactione publica 10 R. B. A. bezahlen, andernfalls mit der Klage abzuweisen, so wie Appellans gleichfalls gänzlich ab-, und anzuweisen sei, Appellaten öffentliche Abbitte zu leisten und achttägiger Strafhaft zu untergehen."

„Appellanten devolvirten die Sache ordnungsmäßig an das Hofgericht, und haben in der Appellationsrechtfertigung, außer der Behauptung, bei jener in der Vorinstanz verschriebenen Erklärung des mangelnden Beweises mißverstanden zu sein, mehrfältig auf das Zeugniß von ihnen aufzuführender Personen sich berufen, und die Beweisführung vorbehalten, Appellat aber hat in refutatione wider die intendirte Beweisführung protestirt, weil selbige dem abgelegten Geständnisse, keine Beweisthümer vorbringen zu können, widerstreite."

„Ist nun zur Erledigung dieser Differenz zuvörderst die Frage zu beantworten, in wiefern überhaupt in der Appellations-Instanz eine Beweisführung zulässig sei, so kommt dabei Folgendes in Betracht."

„Der Zweck des gerichtlichen Processes ist kein anderer, als der betheiligten Partei, Kläger oder Beklagten, Raum und Gelegenheit zu geben, ihr angeb-

liches Recht dergestalt dem Richter vor Augen zu legen, und dabei die angeführten Thatumstände dermaßen zu bewahrheiten, daß der Richter aus gesetzlichen Gründen bewogen werde, das behauptete Recht für solches anzuerkennen, — es ist also der Zweck: die Wahrheit möglichst ans Licht zu stellen, wozu insbesondere die Beweisführung dienen soll, welche daher auch in den Gesetzen überall besonders begünstigt ist, und über die ihr vom Gesetze schon gesteckten Gränzen hinaus nicht beschränkt werden darf."

„An und für sich müßte also die Beweisführung durch alle Instanzen hindurch für zulässig erachtet werden. Weil sie jedoch Verzögerung des Processes veranlaßt, und Streitsüchtigen nur zu Vexation des Gegners dient, insbesondere aber auch, damit schon der erste Richter das Rechtsverhältniß in seinem wahren Lichte zu beurtheilen im Stande sei, ist gesetzlich vorgeschrieben, die Beweisthümer sämmtlich schon in der ersten Instanz bei- und vorzubringen. So ist auch in der Proceßstadga vom 4. Julii 1695 § 4 pag. 609 der L. O. festgesetzt:

„Die Parten sollen in den ersten Instanzen, sie mögen entweder münd- oder schriftlich agiren, deutlich nnd genau, alles was zur Erläuterung der Sachen dienet, beibringen, und dabei allen ihren Beweis, Raisons und Documenten, die sie entweder haben oder haben können, einlegen und nichts darin vorbeigehen, oder mit Vorsatz, List und allerhand Künste zurücke halten, und zu den Oberinstantien stehen lassen und verschieben."

„Wie in diesem Gebot nun überhaupt die fernere Beweisführung in der Oberinstanz nicht unbedingt untersagt ist, so giebt es auch schon in der Bezeichnung von Beweisen, „die man gehabt oder haben können“, selbst die Ausnahme von der Regel an die Hand, vielmehr auch in dem Verbot, „daß die Zurückhaltung in der ersten Instanz nur nicht mit Vorsatz, List und allerhand Künsten, stattfinden dürfe“, — woraus zu folgern ist, daß die Unterlassung ohne solchen böslichen Vorsatz unschädlich sei, und das Versäumte in der Oberinstanz nachgeholt werden könne.“

„Dieser Grundsatz der Zulässigkeit einer ferneren Beweisführung in der Appellationsinstanz ist auch in der Praxis stets anerkannt, wie dazu die Decrete vom 26. Januar, 23. Februar, 28. Februar und 2. März 1707 den Beweis geben, und hat die Praxis hiezu nicht nur nach der allgemeinen Tendenz des Processes, sondern auch den Normen des gemeinen Rechts um so mehr Fug gehabt, als eine solche Beweisführung in appellatorio in L. 6 § 1 u. 2 C. de appellationibus und L. 4 C. de temporib. et reparationib. appellationum ausdrücklich für zulässig erkannt, und in den hofgerichtlichen Decreten vom 5. März 1776 und 4. August 1777 mit namentlicher Beziehung auf steten Rechtsgebrauch und auf das letztgenannte Gesetz ausdrücklich ausgesprochen worden.“

„Wenn nun in demselben tam appellatori quam adversae parti gestattet ist: alles dasjenige beizubringen, wodurch das bisher bereits Verhandelte mit hellerem Lichte der Wahrheit beleuchtet wird, nämlich

dasjenige, „quod non ad novum capitulum pertinet, sed ex illis oritur, et illis coniunctum est, quae apud anteriorem iudicem noscuntur propositae“, was also nicht ein ganz neues Moment betrifft, sondern aus denjenigen entspringt, und mit ihnen verbunden ist, die bereits bei dem vorigen Richter vorgebracht worden sind; so ist außer Zweifel, daß in der Appellationsinstanz aller und jeder Beweis, wofern er nur aus den in der Vorinstanz verhandelten Momenten entspringt und mit ihnen in Connexität steht, also auf sie Beziehung hat, nicht versagt werden dürfe, — zumal wo vom Gegentheile nicht ausdrücklich dagegen Widerspruch erhoben wird.“

„Findet aber ein solcher Widerspruch statt, so muß dennoch die gesetzlich der Beweisführung zugestandene Gunst prävaliren, und dieselbe — wenn anders nicht die Irrelevanz oder andere Gründe der Verwerflichkeit klar zu Tage liegen, — nachgegeben werden, wie auch in den letzterwähnten beiden Decreten statuirt worden.“

„Aber auch unsere eigene Gesetzgebung ist dem nichts weniger als entgegen, denn abgesehen von der nicht unbedingten Ausschließung solcher Beweisführung in der angeführten Prozeßstadga, wofern sie nur nicht in voriger Instanz malitiöserweise zurückgehalten worden war — was zu beurtheilen dem Oberrichter unschwer sein muß, zumal er von dem Beweisführer den Eid vor Gefährde zu fordern berechtigt ist; — so setzt auch das Revisions-Placat vom 31. August 1682 § 5 p. 384 der L. O. fest:

„Berufet sich jemand auf neue Gründe, und will derselben sich bei uns bedienen und vorstellen, so muß er eidlich beglaubigen, daß er selbige Gründe zuvor nicht gehabt, noch haben können. Sollte auch jemand darauf wohl bestehen, daß er selbige vor dem nicht gehabt oder davon gewußt, aber nicht habe sehen noch verstehen können, daß selbige von solcher Wichtigkeit und Beschaffenheit, daß sie zu der Sachen Erklärung und besser Licht dienen können, welches er doch progressu actionis befunden, so stehet dasselbe zu Unserm weitern Erkenntniß."

„Diese Verordnung, ursprünglich zwar nur für die Verhandlung in der Revisions-Instanz erlassen, muß dennoch auf das Appellatorium um so mehr Anwenwendung finden, als das Verfahren in Ersterer mehrfachen gesetzlichen Beschränkungen unterliegt, welche hinsichtlich der Letzteren nicht statt finden, und daher eine in jenem concedirte Lizenz in letzterem um so unverbotener sein muß."

„In diesem Gesetze ist nun erlaubt, neue Gründe anzubringen, wenn eidlich bestärkt wird, daß die Parthei selbige zuvor nicht gehabt, noch haben können, jedoch auch sogar im entgegengesetzten Falle soll berücksichtigt werden, daß die Parthei wohl erst im Verlaufe der Verhandlung und besonders durch das unterrichterliche Erkenntniß belehrt, zur Producirung der ferneren Beweisthümer veranlaßt worden sein könne, indem die Producirung allerdings für zulässig zu erachten sei."

„Wo also die Zulässigkeit der ferneren Beweis-

führung von dem Gegner in Widerspruch gestellt worden, da ist dem richterlichen Ermessen überlassen, nicht sowohl, ob der Beweis überhaupt geführt werden dürfe, denn dieß ist schon vom Gesetze unter den genannten Bedingungen gestattet worden, sondern ob die Umstände erheischen vom Beweisführer eidliche Bekräftigung darüber zu fordern, theils, daß er die Beweisthümer bei Verhandlungen der Sache in der Vorinstanz nicht gekannt, theils, wenn er sie gekannt und haben können, erst späterhin von ihrer Wichtigkeit und ihrem Einflusse auf die Sache Ueberzeugung gewonnen habe. Auch hiermit stimmt die Praxis überein, wie das Decret vom 7. Januar 1768 Nachweise giebt."

Aus dem allen möchte folgen:

„1) daß der Appellationsrichter — ohne wider das Gesetz zu verstoßen, vielmehr von ihm, wie von steter Praxis dazu angewiesen, — der Parthei die Beweisführung ohne Weiteres zu concediren, resp. als Leiter des Processes zu injungiren habe;"

„2) daß im Fall vom Gegentheil erhobenen Widerspruchs nur bei von ihm gelieferten Nachweise über Mangel aller Beziehung auf die vorige Verhandlung oder anderartiger Irrelevanz oder Rechtswidrigkeit die intendirte Beweisführuug zu versagen sey, und

„3) daß im Fall bei dem Richter über die Zulässigkeit entstandenen Zweifels, ihm freigestellt bleibe, von der beweisführenden Parthei den Eid früherer Unkenntniß oder mangelnder Einsicht der Wichtigkeit des Beweismittels zu fordern, solche Eidigung aber keinesweges andern-, und noch weniger jedenfalls einzutreten

habe, und lediglich von dem richterlichen Ermessen abhänge."

„Werden nun diese Rechtsgrundsätze auf den vorliegenden Fall zur Anwendung gebracht, so muß nicht allein überhaupt den Appellanten die fernere Erweisung der geklagten Injurien offen stehen, weil dabei überall kein neues Moment zur Sprache gebracht werden soll, wie denn auch Appellat nicht aus diesen Gründen der Beweisführung widersprochen hat, sondern sie nur deshalb für unzulässig gehalten haben will, weil Appellanten in der Vorinstanz einbekannt hätten, keinen Beweis führen zu können, und eigenes Geständniß besser sei als Beweis, — sondern es ist auch dieser Einwand nur unerheblich."

„Denn dieses vermeintliche Einbekenntniß liefert selbst schon den Beweis, daß das Wissen der jetzt aufzuführenden Zeugen den Appellanten zu der Zeit unbekannt gewesen, weil sich ein vernünftiger Grund nicht einsehen läßt, welcher Appellanten bewegen können, als Kläger über eine Mißhandlung, freiwillig auf deren Erweis zu verzichten, wofern ihnen ein Beweismittel nur bekannt gewesen wäre, und es muß, unangesehen dessen, was Appellanten über Mißverständniß ihres Anbringens und mangelhaftes Verschreiben vorgebracht haben, ihnen die Beweisführung eben aus dem Grunde damaliger Unkenntniß der Beweismittel gestattet werden, zumal hier von etwa gar malitiösem Hinterhalten derselben nicht die Rede sein kann."

„Wenn es nun in diesem Fall einer Erörterung der Frage, ob der Beweisführende zur Ableistung des

Eides über Unkenntniß und geglaubter Irrelevanz anzuhalten sei, nicht bedarf, da Appellans sich ohne Weiteres zu solcher Eidigung selbst erböten, und von dieser die Zulässigkeit des intendirten Beweises abhängig ist, so hat, bei Compensation der Kosten, wie geschehen, erkannt werden müssen."

„Gegeben im Livl. Hofgericht auf dem Schlosse zu Riga, den 28. Februar 1841."

Vorliegendes Präjudikat giebt Veranlassung zu dem in diesem Bande befindlichen Aufsatze über das beneficium novorum folgende nachträgliche Bemerkungen hinzuzufügen.

Wenn gleich in den oben pag. 6 und 7 angeführten Verordnungen der Justinianischen Gesetzgebung die Beweisführung in appellatorio gestattet ist, so möchte daraus nicht folgen, daß dieselbe auch für höhere Instanzen besonders begünstigt worden. Die Annahme möchte durch die Natur der Sache gerechtfertigt werden, daß die erste Instanz immer die Regel bildet, alle höhern Instanzen aber nur eine Ausnahme von der Regel, und das Verfahren bei den Untergerichten überall die Grundlage für jedes weitere Verfahren bei höhern Gerichten sei. Denn ursprünglich kann nur ein Richter gewesen sein, bei dem jeder Proceß, so unvollkommen er auch geführt wurde, für immer beendigt ward. Erst Gebietsausdehnung, und die erkannte Unvollkommenheit der Rechtsbildung machten höhere Instanzen nothwendig, weshalb denn diesen vorzugsweise obliegt, zu beprüfen, ob der Unterrichter nach dem Vorhandensein aller processualischen Verhandlungen (Lage der Acten), deren

Hauptbestandtheil nächst der Klage und Einlassung auf dieselbe der Beweis ist, auch richtig geurtheilt habe.

Wird nun von der Justianischen Gesetzgebung anerkannt, daß neue Beweismittel nur in sofern in der höhern Instanz zugelassen werden sollen, als sie zur Unterstützung von Anträgen und Vertheidigungsmitteln, welche schon unter den beim Richter erster Instanz vorgebrachten mit begriffen sind [1]), und als der Beweisführer das Beweismittel schon in voriger Instanz angezeigt hatte, aber damit nicht zugelassen worden war [2]); verordnet ferner die Proceßstadga vom 4. Juli 1695, daß die Parten in der ersten Instanz alle ihre Beweismittel, die zur Erläuterung der Sache dienen, beibringen, und nichts darin vorbeigehen, oder vorsätzlich zurückhalten sollen; und ist also überall in der höhern Instanz die Beweisführung nur bedingungsweise und mit Beschränkung gestattet: — so konnte der Herr Landrath Samson von Himmelstiern [3]) mit vollem Rechte die Behauptung aufstellen, daß regelmäßig im Appellationsverfahren, wo nur Rechtfertigung und Erklärung, nebst Deduction daraus, zulässig sind, keine neue Beweisführung Statt finde, und es nur als Ausnahme gestattet werde, daß die im Appellationsverfahren begriffenen Parteien den Beweis, welcher in der Unterinstanz unterblieben ist, nachholen.

Dieser Annahme zur Folge braucht daher in der

---

1) Const. 4 C. de temporib. et reparat. appell.

2) Const. 36 C. de appell.

3) Institutionen des Livl. Processes § 686 u. 687.

Appellationsinstanz nach Eingang der Appellationsrechtfertigung und Refutation, nicht auf die Beweisführung erkannt zu werden, sondern dieß müßte nur Statt haben, wenn von einer Parthei ohne Widerspruch der andern darum gebeten worden. Wenn auch nicht zu befürchten wäre, daß die Parten, oder deren Sachwalter den in erster Instanz geführten Beweis zur Sachverzögerung wiederholen möchten, (denn solches Vorhaben könnte der Appellationsrichter verhindern), so ist doch zu berücksichtigen, daß in der Appellationsinstanz die Fälle häufiger vorkommen, daß die Partheien gar keine Beweisführung beabsichtigen, sondern daß dieselben sich nur über die Nichtconformität des Urtheils der ersten Instanz mit der Actenlage beschweren: dann wäre die gerichtliche Anordnnng eines Beweisverfahrens nur zeitraubend, und würde den Partheien unnöthige Kosten verursachen.

Daß ferner nach dem jüngsten Reichsabschiede vom Jahr 1654 in dem Eide auch darauf Rücksicht genommen worden, was eine Parthei in der untern Instanz nicht für dienlich oder nöthig erachtet habe, haben mehrere, und namentlich auch Gönner[4]) getadelt. Wider die Ansicht Gönners, Spangenbergs[5]) u. a. hat Linde[6]) diesen Eid des jüngsten Reichsabschiedes in Schutz genommen und darzuthun versucht, wie solcher nicht den Zweck gehabt, die Befugniß des neuen Vorbringens in irgend einer Hinsicht zu erweitern, sondern

4) S. oben S. 29.
5) Archiv für civilistische Prrxis IX. S. 67.
6) S. oben S. 42 fgg.

Mißbrauch zu verhüten, und die Parten im Voraus zu redlicher Abkürzung des Verfahrens zu bestimmen, indem er die Partheien sowohl, als Advocaten nöthigen sollte, schon bei den Verhandlungen erster Instanz gewissenhaft zu überlegen, welche Angriffs- und Vertheidigungsmittel sie zu benutzen haben, und nicht blos in Erwägung zu ziehen, ob einzelne jener Mitteln nach den bestehenden Gesetzen noch als nova in höherer Instanz zulässig seien; sondern auch, ob sie deren späteres Einbringen mit dem alsdann zu leistenden Eide in ihrem Gewissen vereinigen könnten.

Allerdings möchte ein solcher Eid mancher gewissenhaften Parthei, wie Linde sagt, im höchsten Grade unbequem sein, und oft gewissenhafte Partheien zur Vorsicht bestimmen. Die Gesetze werden aber nicht für die Gewissenhaften und Rechtlichen allein gegeben, sondern gerade die Schlechten und die Leute ohne Gewissen sind es, welche durch dieselben verhindert werden sollen, Böses und Ungerechtes zu thun. Besäßen alle Menschen einen gewissen Grad religiöser und moralischer Kraft, und die gehörige Rechtsbildung, dann hätten wir weder Gesetze und Eide, noch Richter und Instanzen nöthig. Die Gesetze werden zwar den Ungewissenhaften, dem die Leistung eines Meineides ein leichtes ist, nicht verhindern, ein solches Verbrechen zu begehen, und auch die Furcht vor der Strafe des erwiesenen Meineides wird diesen eben so wenig abschrecken, da die Erfahrung lehrt, daß ungeachtet der Strafandrohungen und der oft recht grausamen Strafvollziehungen doch schwere Verbrechen genug begangen worden; aber gerade deshalb muß das Gesetz

den Rechtlichen in Schutz nehmen und nicht den Bösen und Leichtsinnigen zu Rechtsverletzungen und Kränkungen Gelegenheit geben.

Am gefährlichsten sind die Schwachen, Characterlosen, und überhaupt diejenigen, welche in der religiösen und moralischen Bildung auf einer solchen Stufe stehen, daß Habsucht, Rache, Neid und andere gehässige Leidenschaften sie eher bestimmen eine Sprosse herab, als religiöse und moralische Rücksichten, hinaufzusteigen. Diese werden durch alle möglichen Sophistereien ihr Gewissen zu beschwichtigen und zu besänftigen suchen, wenn dasselbe sich zu regen geneigt sein sollte. Und so können auch der Grad der Wichtigkeit eines Beweismittels, so wie der des Erkenntnisses dessen, wie nothwendig und dienlich ein Beweismittel in jedem Falle sei, die Dringlichkeit der Partheien, der nicht jeder Advocat zu widerstehen die Kraft hat, besonders aber Leichtsinn und Sorglosigkeit sowohl des Parten als des Sachwalters, Gelegenheit genug geben, das Gewissen durch Trugschlüsse zur Ruhe zu bringen, und je eher Character und Temperament ein Individuum geneigt machen, sich in seinem Selbstbewußtseyn zu täuschen, desto gefährlicher und vielleicht auch erwünschter, wird jede Veranlassung dazu seyn, besonders bei solchen, welche bei dem Mangel der Kenntniß von der Wichtigkeit und Heiligkeit des Eides, nicht leicht in Gewissenserschütterungen zu versetzen sind. Dies mag Gönner im Sinne gehabt haben, als er von dem practischen Werthe des bequemen Appellationseides des jüngsten Reichsabschiedes sprach, und er mag nicht ganz unrecht haben.

Das Revisions-Placat vom 31. August 1682 [7]) verlangt ebenfalls von der Parthei, welche sich auf neue Gründe beruft, die sie zwar früher gekannt, von deren Wichtigkeit für die Entscheidung der Rechtssache sie aber keine Einsicht gehabt, daß solche Unkenntniß beeidigt werden solle. Dieses Gesetz wird bei uns auch in der Appellationsinstanz in Anwendung gebracht, wobei aber besonders zu berücksichtigen ist, daß nicht der Anwalt, sondern der Parte, welcher in der Regel die juristischen und practischen Kenntnisse und Fähigkeiten nicht besitzt, um die Nothwendigkeit und Wichtigkeit der Beweismittel einzusehen, diesen Eid zu leisten hat. Ein unredlicher Sachwalt kann aber absichtlich seinen Clienten von der Nothwendigkeit uud besondern Wichtigkeit eines Beweismittels in Unkenntniß gelassen, oder gar ein höchst wichtiges Beweismittel, als unnöthig und undienlich dargestellt haben. Ist dies der Fall, so kann der Parte mit gutem Gewissen den Eid schwören, daß er ein höchst wichtiges Beweismittel früher nicht für nothwendig oder dienlich gehalten, und der Richter beider Instanzen und der Gegenpart sind hintergangen, ohne daß ein Meineid geschworen worden. Der jüngste Reichsabschied vom Jahr 1654, welcher vielleicht, wie oben [8]) bereits angedeutet worden, die Quelle des erwähnten Revisions-Placats ist, welches näher zu untersuchen nicht uninteressant wäre, hat daher sehr weise angeordnet, daß auch des

7) S. oben S. 57.
8) S. 61.

Parten Anwalt und sein Nachfolger solchen Eid schwören muß.

Durch die Auflegung dieses Eides kann bei uns also der Gegenpart immer der Gefahr ausgesetzt bleiben, daß durch dessen Ableistung nicht der beabsichtigte Zweck erreicht wird, wenn es gleich auch wahr bleibt, daß nicht selten eine Parthei erst im Laufe der Verhandlung, und besonders durch das unterrichterliche Erkenntniß erst auf die Wichtigkeit eines als unnöthig beizubringen unterlassenen Beweismittels aufmerksam gemacht worden ist. Da aber der Richter nicht allein verpflichtet ist, dem materiellen Recht zum Siege zu verhelfen, sondern auch alle chicanösen Verzögerungen zu verhindern, so möchte in jedem Falle wohl erst eine sorgfältige Prüfung erforderlich sein, ob Mangel der Einsicht von der Wichtigkeit eines Beweismittels als möglich gedacht werden kann, ehe auf solchen Eid erkannt wird.

XV.

Bemerkungen zur Lehre vom Commodat nach Esthländischem Ritter- und Landrecht.

Von C. O. v. Madai.

Der im B. IV. Tit. 4 enthaltene Artikel 6 des Esthländischen R. u. LR. ist in mehr als einer Beziehung dunkel. Derselbe lautet:

„Wird einem ein Stücke Gutes die Zeit seines Lebens zu gebrauchen verlehnet, und eingethan, so hat

derjenige, dem es eingethan, nicht Macht, dasselbe dem Eigenthums-Herrn zu Schaden oder Nachtheil zu verderben oder zu verringern, viel weniger ohne sein Vorwissen und Willen einem andern zu verkaufen, zu verpfänden; und wer darüber thut, hat nicht allein die verlehnten Güter und derselben Abnutzung verlohren, sondern ist auch dem Eigenthums-Herren allen zugefügten Schaden zu erstatten schuldig."

Bezieht sich nun dieser Artikel auf Mobilien, oder auf Immobilien, oder auf beide zugleich? Ist von einem gewöhnlichen Commodat, oder irgend einem andern verwandten Rechtsverhältnisse die Rede? Aus den Worten des Artikels allein läßt sich für keine dieser Fragen eine sichere Entscheidung entnehmen. Der Ausdruck „ein Stücke Gutes" so wie „verlehnte Güter" kann an und für sich sowohl auf Mobilien, wie auf Immobilien: der Ausdruck: „zu gebrauchen verlehnet und eingethan" und „verlehnte Güter" so wohl auf ein einfaches Commodat, als auf Nießbrauch, Leibzucht, antichretische Verpfändung u. s. f. gedeutet werden.

Gehen wir zunächst auf die Quelle unsers Artikels zurück. Derselbe ist, nach dem unterstellten Citate, geschöpft aus M. Brandis Collectaneen Fol. 235 und lautet daselbst, unter der Ueberschrift [1]) „Verpfendete oder ander gestalt eingethane Güther, wie sich mit den zuverhalten" also:

1) Als Quelle dieser Bestimmung wird in M. Brandis Collectaneen angeführt: „aus dem braunen Protoc. Vrth. 1. 2. 1. Anno 1585."

„Wan einem ein stück gutes, die Zeit seines Lebens zugebrauchen verlehnet undt eingethan oder verpfendtlich eingewiesen wer, so hat derjenige den es eingethan nicht macht, daßelb dem Proprietario: oder Eigenthums-Herrn zu schaden oder Nachtheill zuverterben undt zuverringern, vill weniger ohn sein vorwißen undt willen einem Andern zuverkauffen, undt welcher darüber thut, hat nicht allein, die verlehnte Güter verlohren, sondern ist auch dem Eigenthums Herrn allen zugefügten Schaden zuerstatten pflichtig und schuldig.“

Bei aller, zum großen Theil wörtlichen Uebereinstimmung ergiebt doch eine Vergleichung dieser Stelle mit unserm Art. 6, folgende nicht unerhebliche Abweichungen. Erstens: in den Collectaneen findet sich nach den Worten „zu gebrauchen verlehnet und eingethan“ der Zusatz „oder verpfendlich eingewiesen“ wohingegen zweitens: die Worte „zu verpfänden“ hinter „einem Andern zu verkaufen“ sowie die Worte „und derselben Abnutzung“ hinter „allein die verlehnten Güter“ fehlen. Diese Abweichungen sind weder als zufällige noch als Nachlässigkeitssünden zu betrachten: vielmehr tragen sie das bestimmte Gepräge der Absichtlichkeit. Der Zweck aber, den die Verfasser des R. u. LR. dabei im Auge hatten, scheint folgender gewesen zu sein. Die Worte der Collectaneen beziehen sich, wenn nicht ausschließlich, so doch ohne Zweifel zugleich mit auf den Fall der antichretischen Verpfändung, wahrscheinlich den eigenthümlichen Pfandcontract. Diese Beziehung nun wollten die Verfasser des R. u. LR. bei

der Aufnahme der vorliegenden Stelle zunächst ausschließen. Dafür sprechen folgende Gründe:

1) die Auslassung der Worte „oder verpfändlich eingewiesen“ in unserm Artikel 6.

2) Die Einschaltung der Worte „zu verpfänden“. Beziehen wir nämlich unsern Art. 6 auch auf antichretische Verpfändungen, so würde in den hinzugefügten Worten „zu verpfänden“ ein Verbot der Verpfändung eines antichretischen Pfandgenusses, m. a. W. eines pignus pignoris liegen, woran die Verfasser des R. u. LR. schwerlich gedacht haben. Denken wir uns dahingegen die Beziehung auf den antichretischen Pfandcontract aus unserm Art. 6 ausgeschlossen, so erscheint die Hinzufügung des Verbotes der Verpfändung nicht nur erklärlich, sondern gewissermaßen nothwendig zur Ergänzung einer sonst vorhandenen Lücke und Unvollständigkeit des Art. 6. Eben so verhält es sich im Ganzen mit der Einschaltung der Worte „und deren Abnutzung“ die in einer, auf antichretische Verpfändung sich beziehenden Bestimmung, keine rechte Bedeutung haben, indem der Verlust des Pfandrechts hier von selbst auch den des Nutzungsrechts nach sich zieht; dagegen nicht ohne Bedeutung sind, wo es sich um anderweitige selbstständige Benutzungsrechte einer fremden Sache handelt.

3) Die Stellung unsers Art. 6 unter den Titel „vom Leihen zu ziemlichem Gebrauch, commodatum genannt“ unter welcher Rubrik gewiß Niemand eine, die antichretische Verpfändung betreffende Bestimmung erwarten wird.

4) der Inhalt des Art. 16, Tit. 6, B. IV. des R. u. LR. Daselbst nämlich heißt es:

„Ein Pfandherr soll ein beweglich Pfand nicht angreifen oder zu seinem Nutzen gebrauchen; und da er ein einhabend unbeweglich Pfand verderbet oder verringert, so hat er nicht allein die Abnutzung des verpfändeten Gutes verlohren, sondern er ist auch dem Eigenthums-Herrn allen zugefügten Schaden zu gelten schuldig."

Als Quelle dafür wird dieselbe Stelle aus M. Brandis Collectaneen angeführt, die unserm Art. 6 cit. zu Grunde liegt. Offenbar also haben die Verfasser des R. und LR. den auf die Verpfändung sich beziehenden Theil der Stelle in den Collectaneen, absondern wollen und ihn deshalb als einen besondern Artikel unter den „von der Verpfändung beweg- und unbeweglicher Güter" handelnden Tit. 6, B. IV. des R. u. LR. eingeschoben: gewiß ein sicherer Beweis, daß nach der Absicht der Verfasser des R. u. LR. unser Art. 6 in dem Titel „vom Leihen zu ziemlichen Gebrauch" u. s. f. auf antichretische Verpfändung nicht bezogen werden soll."

Wenn gleich nun einerseits nach dem Bisherigen als ausgemacht angesehen werden darf, daß der Fall antichretischer Verpfändung unter unsern Art. 6 nicht mitbegriffen ist, so bleibt doch andererseits für die Erklärung des Umfanges und des eigentlichen Inhaltes dieses Artikels immer noch ein ziemlich weiter Spielraum. Derselbe kann nämlich gedeutet werden

1) auf ein gewöhnliches Commodat, wofür zunächst die Stellung unter den Titel „vom Leihen zu ziem-

lichem Gebrauch" zu sprechen scheint. Dies angenommen, würde der characteristische Inhalt unsers Artikels sowie dessen unterscheidendes Merkmal von den vorangehenden Artikeln desselben Titels gesetzt werden können entweder in den Gegenstand oder in die Dauer des Commodats. Das erstere wenn wir die Worte „ein Stücke Gutes" und „verlehnte Güter" lediglich auf Immobilien beziehen, während die vorangegangenen Artikel 1—5 nur auf Mobilien gedeutet würden. (Der Art. 1 sagt: „So jemandem ein Pferd, Kleid, Silbergeschirr, Haus-Geräth oder anderes Gut . . . zu gebrauchen geliehen wird" — zählt also vorzugsweise Mobilien auf). Das letztere wenn wir in unserm Art. 6 das Hauptgewicht auf die Worte „die Zeit seines Lebens zu gebrauchen verlehnet" legen wozu wir nicht minder berechtigt sind, da Art. 1 von der Gebrauchsverleihung „auf eine bescheidene Zeit und Maaße" handelt, so daß dann die Art. 1—15 von vorübergehender, der Art. 6 von lebenslänglicher Gebrauchsverleihung verstanden würde. Wenn nun aber schon in dieser Beziehung unser Art. 6 manchen Zweifel erregt, so steigert sich derselbe berücksichtigen wir seinen sonstigen Inhalt. Der Empfänger, sei es nun eines beweglichen oder unbeweglichen Gutes, sei es auf vorübergehende oder auf Lebenszeit, soll im Fall der Deteriorirung, Veräußerung, Verpfändng u. s. f. ohne Vorwissen des dominus, abgesehen von der Verpflichtung zum Schadensersatz „die verlehnten Güter und derselben Abnutzung" verlieren. Die Androhung des Verlustes der Güter, setzt nothwendig ein Recht des Bedrohten

an denselben voraus. Ein Recht aber an der ihm geliehenen Sache selbst, hat der Commodatar nicht, ihm steht nur ein persönliches Forderungsrecht gegen den Verleiher zu, daß dieser ihm die contractmäßig eingeräumte Benutzung der Sache gestätte, und somit wird es zweifelhaft, ob unser Art. 6 überhaupt auf ein Commodat bezogen werden könne. Wäre ein solches gemeint, so würde allerdings zwar von einer Entziehung der Benutzung, nicht aber von einer Entziehung der Güter selbst haben die Rede sein können. Demnach möchte man fast geneigt sein unsern Art. 6 zu verstehen

2) von der Einräumung eines Nießbrauchs, Leibzucht u. s. f., ja es ließ demselben vielleicht sich folgende speciellere Beziehung geben. Nach B. III., Tit. 17, Art. 3 des R. u. LR. [2]) kann der hinterbliebenen Wittwe „für die Mitgabe und Morgengabe ein Gut von dem Erben eingethan“ werden. Ist dies geschehen, „so mag sie davon nicht mehr vergeben, als allein so viel ihre Mitgabe gewesen ist“. Wie aber steht es mit dem Rest, d. h. dem Mehrbetrage dieses Gutes, über den Werth ihrer Mit- und Morgengabe? In welchem Rechtsverhältnisse steht sie Betreffs dieses Mehrwerthes zu den Erben, die ihr das Gut eingethan? Wie wenn die Wittwe

2) B. III. Tit. 17. Art. 3. „Wäre aber der Wittwe für die Mitgabe und Morgengabe ein Gut von den Erben eingethan, so mag sie davon mehr nicht vergeben, als allein so viel ihre Mitgabe gewesen ist; hergegen erbet die Wiederlage und Morgengabe wieder an ihres Mannes Erben.“

dasselbe deteriorirt und ohne des Erben Vorwissen verkauft oder verpfändet? Sollte hier nicht die Bestimmung unsers Art. 6 Platz greifen? Und wenn dies wirklich die ursprüngliche Beziehung des Art. 6, sollte nicht dessen Aufnahme unter den Titel „vom Leihen zu ziemlichem Gebrauch" u. s. f. sich aus einer Verlegenheit, in der die Verfasser des R. u. LR. sich dabei befanden, erklären, da es an einem besondern Titel über Nießbrauch und Leibzucht fehlt, beiden Materien aber wenigstens dem Zwecke nach am nächsten verwandt die Lehre von dem Commodatum schien, abgesehen freilich von der in dem Wesen der dinglichen und persönlichen Rechte begründeten Verschiedenheit. Es ließe sich aber endlich auch

3) unser Art. 6 erklären von einem Precarium, d. h. unentgeltlicher Verleihung zu freiem Gebrauch, das, zwischen Schenkung und Commodat in der Mitte stehend, von der ersteren durch seine Revocabilität [3]), so wie dadurch, daß nur der Gebrauch, nicht das Eigenthum weggeben wird: von der letzteren durch die größere Freiheit des Gebrauchs sich unterscheidet. Denn während der Commodatar für jede, selbst die geringste Vernachlässigung verantwortlich ist, haftet der precario accipiens nur für etwanigen dolus und lata culpa [4]).

3) L. 1 § 2 D. de precario (43, 26). Ulpian: Et distat a donatione eo, quod qui donat, sic dat, ne recipiat; at qui precario concedit, sic dat, quasi tunc recepturus, quum sibi libuerit precarium solvere.

4) L. 8 § 3 D. eod. Ulpian: Illud annotatur, quod culpam non praestat is, qui precario rogavit, sed solum dolum praestat, quam-

Solches Precarium kommt nun nicht bloß auch bei Immobilien vor [5]), sondern es dürfte hierin sogar der Ursprung des ganzen Rechtsverhältnisses zu suchen sein [6]), indem unter dieser Form die größeren Grundbesitzer einen Theil ihrer Ländereien Clienten zur Ansiedelung und Bebauung überließen. Ein derartiges Precarium kann schon nach Römischem Recht auf Lebenszeit gewährt werden; ja es ist dies, wenn nichts Abweichendes festgesetzt wird, sogar die Regel [7]). Sofern in dem Precarium zugleich eine wirkliche Besitzübertragung, iuris possessio, abweichend von dem bloßen Commodat, liegt, würde sich in

---

quam is, qui commodatum suscepit, non tantum dolum, sed etiam culpam praestat. Nec immerito dolum solum praestat is, qui precario rogavit, quum totum hoc ex liberalitate descendat eius, qui precario concessit, et satis sit, si dolus tantum praestetur. Culpam tamen dolo proximam contineri quis merito dixerit. Vgl. auch L. 8 § 6 D. eod.

5) L. 17 D. eod. Pomponius: Qui precario fundum possidet is interdicto uti possidetis adversus omnes praeter eum, quem rogavit, uti potest. Vgl. auch Isidori origines V. 25.

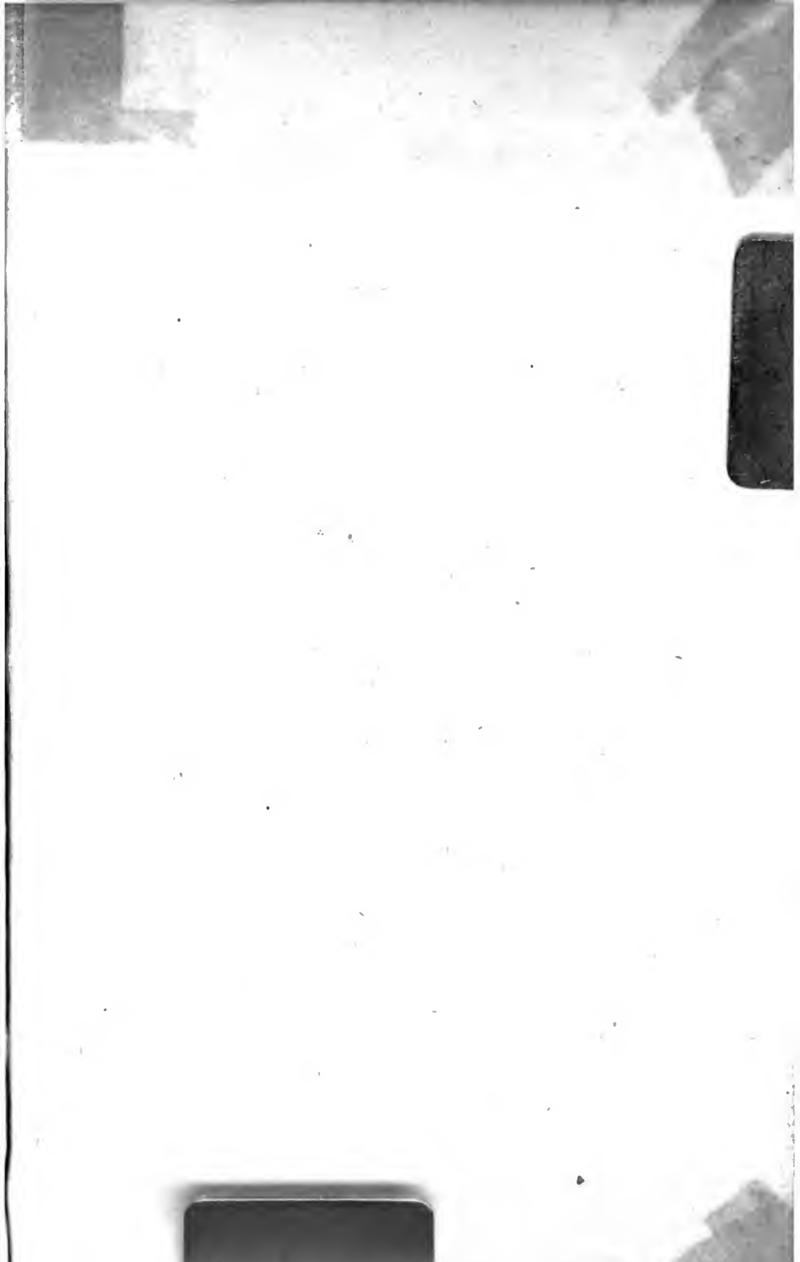
6) Vgl. überhaupt die lichtvolle Darstellung des Unterschiedes zwischen precarium und commodatum bei Unterholzner, Lehre des Römischen Rechts von den Schuldverhältnissen. Leipzig 1840. § 610 ff.

7) L. 8 § 1 D. de precario (43, 26). Ulpian: Quod a Titio precario quis rogavit, id etiam ab herede eius precario habere videtur: et ita et Sabinus et Celsus scribunt, eoque iure utimur. Ergo et a caeteris successoribus habere quis precario videtur. Idem et Labeo probat, et adiicit: etiam si ignoret quis heredem, tamen videri eum ab herede precario habere: L. 12 § 1 D. eod. Celsus: Precario rogatio et ad heredem eius, qui concessit, transit; ad heredem autem eius, qui precario rogavit, non transit, quippe ipsi duntaxat, non etiam heredi concessa possessio est.

unserm Artikel zugleich die Androhung des Verlustes der Sache, nicht bloß der Abnutzung derselben, rechtfertigen.

Welche unter den hier versuchten Erklärungen unsers Art. 6, ja ob eine derselben überhaupt die richtige, bleibe dem Urtheile der Kenner des Esthländischen Rechts anheimgestellt. Mir kam es hier vorzugsweise darauf an, die Zweifel hervorzuheben, zu denen die Unbestimmtheit jenes Artikels Veranlassung giebt. Möge es den geehrten Practikern Esthlands gefallen, in diesen Blättern darüber Auskunft zu ertheilen, wie in der Praxis der fragliche Artikel verstanden und angewendet werde: eine Auskunft, die nicht allein belehrend wirken, sondern zugleich zu allgemeinerer Feststellung des vaterländischen Rechtes beitragen wird.





D. Knode.

